

**DER GERICHTLICHE RECHTSSCHUTZ  
GEGEN VERWALTUNGSAKTE  
MIT DRITTBELASTENDER DOPPELWIRKUNG**

**Gert-Dieter Buhren**

**1973**







"DER GERICHTLICHE RECHTSSCHUTZ GEGEN  
VERWALTUNGSAKTE MIT DRITTBELASTENDER  
DOPPELWIRKUNG"

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung des akademischen Grades  
eines Doktors der Rechte  
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft  
der Westfälischen-Wilhelms-Universität  
zu Münster

vorgelegt von  
Gert-Dieter Buhren  
aus Buddenhagen

1973



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Christian Friedrich Menger

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Werner Hoppe

Dekan: Prof. Dr. Helmut Kollhoser

Tag der mündlichen Prüfung: 19. 11. 1973

### III

#### Inhaltsübersicht

|                                                                   | Seite |
|-------------------------------------------------------------------|-------|
| <u>Einleitung</u>                                                 | 1     |
| A. I. Einführung                                                  | 1     |
| II. Begriffsbestimmung                                            | 3     |
| <u>1. Hauptteil</u>                                               | 8     |
| B. Rechtsschutz gegen einen VAmDD                                 | 8     |
| I. Zulässigkeit der öffentlich-rechtlichen Klage                  | 8     |
| 1. Beispiel baurechtliche Nachbarklage                            | 9     |
| 2. Rechtsschutzbedürfnis                                          | 11    |
| II. Klage gegen einen VAmDD                                       | 14    |
| 1. Klageart                                                       | 14    |
| a) Rechtsprechung des OVG Münster                                 | 14    |
| b) Rechtsprechung des Hessischen VGH                              | 17    |
| c) Ansicht der Literatur                                          | 18    |
| d) Zusammenfassung und Ergebnis                                   | 19    |
| 2. Klagegegner (Hauptverfahrensbeteiligter)                       | 20    |
| III. Beteiligung des Adressaten des VAmDD                         | 21    |
| 1. notwendige Beiladung, § 65 II VwGO                             | 21    |
| 2. Stellung des notwendig Beigeladenen                            | 22    |
| 3. Urteilstwirkung gegenüber dem Beigeladenen                     | 24    |
| IV. Klagebefugnis bei der Anfechtung eines VAmDD                  | 27    |
| 1. Bedeutung des § 42 II VwGO                                     | 27    |
| 2. Die Geltendmachung eigener Rechtsverletzung                    | 29    |
| 3. gesetzlich geregelte Fälle der Klagebefugnis<br>Dritter        | 33    |
| Zusammenfassung                                                   | 34    |
| V. Die materiell-rechtlich geschützte Rechtssphäre des<br>Dritten | 34    |

|                                                                                                | Seite |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 1. Abgrenzung der Belastung des Dritten von der Anfechtungsbefugnis                            | 34    |
| 2. Die rechtlich-geschützte Rechtssphäre des Dritten (subjektive - öffentliche Rechte)         | 37    |
| a) Ableitung der subjektiven - öffentlichen Rechte aus Art. 19 Abs. 4 GG                       | 39    |
| b) die Auffassung von Henke und Bartlsperger                                                   | 40    |
| c) Kritik und eigene Meinung                                                                   | 41    |
| 3. Kriterien zur Feststellung der Schutzrichtung einer Norm                                    | 43    |
| VI. Einzelfälle der gesetzlich geschützten Rechtssphäre des Dritten                            | 48    |
| 1. VAmD im Bauordnungsrecht                                                                    | 48    |
| 2. VAmD im Bauplanungsrecht                                                                    | 55    |
| 3. VAmD im Gewerbeamt                                                                          | 61    |
| a) Gewerbeamt                                                                                  | 61    |
| b) Wasserrecht                                                                                 | 63    |
| c) Gaststättenrecht                                                                            | 66    |
| 4. VAmD im Wirtschaftsrecht                                                                    | 68    |
| a) Berufszulassungsrecht                                                                       | 68    |
| b) Subventionsrecht                                                                            | 70    |
| c) öffentlich-rechtlicher Kündigungsschutz                                                     | 72    |
| 5. weitere Einzelfälle                                                                         | 74    |
| VII. Begründetheit der Klage gegen einen VAmD                                                  | 76    |
| 1. Erfordernis der tatsächlichen Beeinträchtigung der rechtlich geschützten Sphäre des Dritten | 76    |
| a) Rechtsprechung des OVG Münster                                                              | 76    |
| b) Abwägung der Interessen der Betroffenen                                                     | 77    |
| 2. Die Änderung der Sach- oder Rechtslage nach Klageerhebung                                   | 80    |
| a) materiell-rechtliche Wirkung auf den VA                                                     | 81    |
| b) Bedeutung der Sach- oder Rechtsänderung für den Klageantrag                                 | 85    |

|                                                                             | Seite |
|-----------------------------------------------------------------------------|-------|
| 3. Verwirkung des Rechts auf den gerichtlichen Rechtsschutz                 | 88    |
| VIII. Urteilstwirkungen                                                     | 89    |
| 1. Die Wirkungen des Aufhebungsurteils                                      | 89    |
| 2. Folgenbeseitigung                                                        | 90    |
| a) Grundlage und Voraussetzungen des Folgenbeseitigungsanspruchs            | 91    |
| b) Der Folgenbeseitigungsanspruch beim VAmDD                                | 92    |
| <u>2. Hauptteil</u>                                                         | 97    |
| C. Der vorläufige Rechtsschutz gegen einen VAmDD                            | 97    |
| I. Der vorläufige Rechtsschutz nach der VwGO                                | 97    |
| 1. materiell- und verfahrensrechtliche Funktion des Suspensiveffektes       | 99    |
| 2. materiell- und verfahrensrechtliche Funktion der einstweiligen Anordnung | 100   |
| II. Vorläufiger Rechtsschutz bei der Anfechtungsklage gegen einen VAmDD     | 103   |
| 1. Bedeutung des § 123 Abs. 5 VwGO                                          | 103   |
| 2. Vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 VwGO                                  | 106   |
| a) Begriff und Inhalt des Suspensiveffektes                                 | 107   |
| b) Begriff der Vollziehung                                                  | 108   |
| c) Der Inhalt des Suspensiveffektes als Vollzugs- oder Wirksamkeitshemmung  | 112   |
| 3. Anwendbarkeit des § 80 auf den VAmDD                                     | 116   |
| 4. Bedenken gegen die Anwendung                                             | 117   |
| a) Privilegierung des belasteten Dritten                                    | 117   |
| b) Wirkung des Suspensiveffektes im Verhältnis zum Begünstigten             | 119   |
| c) Unterschiedliche prozessuale Belastung von Dritten und Begünstigten      | 122   |
| 5. Ergebnis und eigene Meinung                                              | 136   |

|                                                                                           | Seite |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| a) Die Anwendung des § 80 VwGO widerspricht dem Gleichheitsgebot                          | 136   |
| b) Anwendung des Prinzips der Waffengleichheit auf den vorläufigen Rechtsschutz bei VAmDD | 139   |
| III. Vorläufiger Rechtsschutz gem. § 123 VwGO                                             | 142   |
| 1. Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung                            | 142   |
| a) Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund                                                 | 143   |
| b) Entscheidung des Gerichts                                                              | 144   |
| 2. Verfahren und Rechtsmittel                                                             | 147   |
| 3. Vorzug der Anwendung des § 123 gegenüber § 80                                          | 148   |
| IV. Schadenersatzansprüche                                                                | 150   |
| 1. Schadenersatzansprüche des Belasteten                                                  | 150   |
| 2. Schadenersatzansprüche des Begünstigten                                                | 151   |
| D. Zusammenfassendes Ergebnis                                                             | 153   |
| Literaturverzeichnis                                                                      | 155   |

## A. EINLEITUNG

I. Durch die Gewährung eines lückenlosen Rechtsschutzes in Art. 19 Abs. 4 <sup>1)</sup> GG und der Konkretisierung dieser Forderung in § 40 VwGO steht fest, daß jeder, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, gerichtlichen Rechtsschutz <sup>2)</sup> erlangen kann.

Erläßt die Behörde einen Verwaltungsakt, so ergibt sich daraus noch nicht, daß nur der Adressat in seiner Rechtssphäre berührt wird, sondern dieser VA kann auch Auswirkungen auf einen Dritten haben. <sup>3)</sup>

Das bedeutet, daß ein VA auch die Rechts- und Sozialsphäre eines Dritten tangieren kann. Diese Auswirkungen können begünstigender Natur sein, so z. B. die Gehaltserhöhung eines Beamten - sie begünstigt die ganze Familie - oder auch belastend, wie in dem vom Pr. OVG. entschiedenen Fall. Der an den Adressaten gerichtete VA kann wiederum begünstigend oder belastend sein. Es ergeben sich somit verschiedene Kombinationsmöglichkeiten.

1. Der VA begünstigt den Adressaten und einen oder mehrere Dritte.
2. Der VA belastet den Adressaten oder mehrere Dritte.
3. Der VA belastet den Adressaten und begünstigt einen oder mehrere Dritte.
4. Der VA begünstigt den Adressaten und belastet einen oder mehrere Dritte.

Gemeinsam ist diesen 4 Gruppen, daß der VA über den Adressaten hinaus auch auf eine oder mehrere andere Personen Auswirkungen zeigt, er deren Rechtssphäre berührt.

In dieser Abhandlung soll jedoch nur die letzte Gruppe dieser VA einer Prüfung unterzogen werden, da die Behandlung dieser VA, die gleichzeitig einen be-

- 
- 1) Maunz-Dürig Art. 19 Abs. 4 Rdn. 1, 12;  
Klein VVDStrL 8, 88, 94, 124, Menger, Grundrechte, S. 733; Bettermann, Grundrechte, 783; v. Mangoldt-Klein Art. 19 Anm. VII S. 568.
  - 2) Maunz-Dürig Art. 19 Abs. 4 Rdn. 39; Menger, System, § 17, S. 55 ff m. w. N. zum Begriff des Rechtsschutzes.
  - 3) das erkannte schon das PrOVG. in seinem Urteil v. 13. 12. 1872 = PrOVGE 1, 327 ff (330)  
Es handelte sich um die Klage eines Trunkenboldes gegen eine polizeiliche Verfügung, die den ortsansässigen Gastwirten untersagte, an ihn Brantwein auszuschenken.

günstigen und einen anderen belasten kann, eine Reihe von Problemen aufwirft, die auch nach über 10jährigem Bestand der VwGO noch nicht zufriedenstellend gelöst wurden. <sup>1)</sup> Die Schwierigkeiten ergeben sich zum einen in materiell-rechtlicher Hinsicht. Wann wird ein Dritter durch den an einen anderen gerichteten VA belastet? Dies führt hin zur Frage der gesetzlich geschützten Sphäre des Dritten und damit auch zu dem Begriff der subjektiven öffentlichen Rechte. Zum anderen, und dies soll den Hauptteil der Arbeit darstellen, tauchen bei der prozessualen Behandlung dieser VA Schwierigkeiten auf.

Es fragt sich, mit welcher Klageart der Dritte gegen den VA vorgehen und wann der Dritte überhaupt zulässigerweise klagen kann. Weiterhin ist zweifelhaft, wie der Dritte einen vorläufigen Rechtsschutz erlangen kann. Muß der Adressat des VA während des Widerspruchs- oder Klageverfahrens von dem Gebrauchmachen des VA Abstand nehmen, und kann er evtl. bei erfolgloser Klage des Dritten von diesem Schadenersatz verlangen, da er die Begünstigung nicht ausnutzen konnte? Bei der Beantwortung dieser Fragen wird sich zeigen, daß ein Teil der Unklarheiten dadurch hervorgerufen wurde, daß materiellrechtliche und prozessuale Fragen miteinander vermengt wurden bzw. die prozessualen Fragen unabhängig von der materiell-rechtlichen Stellung des betroffenen Dritten und des Adressaten behandelt wurden.

Der erste Teil der Studie wird in der Behandlung des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen diesen VA bestehen, wobei jedoch nur der Rechtsschutz nach Erlass der VA untersucht werden soll.

Der vorbeugende Rechtsschutz ebenso wie das Widerspruchsverfahren werden nicht behandelt, da sich in diesem Rahmen für die hier zu untersuchenden VA keine speziellen Probleme ergeben.

Der zweite Teil der Arbeit wird in einer ausführlichen Untersuchung über den vorläufigen Rechtsschutz bestehen; dieser Bereich des Rechtsschutzes ist für diese VA besonders wichtig, man denke nur an das Paradebeispiel der Baugenehmigung - was nützt dem Nachbarn eine Klage gegen die Genehmigung, wenn das Haus bis zur Urteilsentscheidung schon fertiggestellt ist -, und auch besonders umstritten.

---

1) Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967; Fromm Verw. Arch. Bd. 56, 26 ff; Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen VA, 1967; Dörfller NJW 63, 14; Schenke DöV 69, 332; Gelzer BBauBl 66, 254; derselbe 10 J VwGO S. 203, Friauf Jur. A. 1969 (ÖR) S. 3 ff.

## II. Begriffsbestimmung

In Rechtsprechung und Literatur tauchen die unterschiedlichsten Bezeichnungen für die VA auf, die den Adressaten begünstigen und gleichzeitig einen oder mehrere Dritte belasten. Es tauchen neben den am häufigsten verwandten Begriffen "VA mit Drittwirkung" <sup>1)</sup> und "VA mit Doppelwirkung" <sup>2)</sup> weitere auf wie "janusköpfiger VA" <sup>3)</sup>, "dreiseitiger u. dreieckiger VA" <sup>4)</sup>, "VA mit Drittbetroffenen" <sup>5)</sup>, "zweiseitiger VA" <sup>6)</sup>, daneben werden diese VA gelegentlich als Doppelverwaltungsakt <sup>7)</sup> und VA mit Mischcharakter bezeichnet. Von diesen Bezeichnungen haben sich allein der "VA mit Doppelwirkung" und der "VA mit Drittwirkung" teilweise durchgesetzt.

Dies lag zum einen daran, daß die anderen Termini im Verwaltungsrecht schon für bestimmte andere VA verwandt wurden, zum anderen wurden die Begriffe dem Wesen dieser VA nicht gerecht, so stellt ein VA mit Mischcharakter nach allg. Meinung einen VA dar, der sowohl belastende als auch begünstigende Elemente in sich trägt, diese beiden Wirkungen aber nur eine Person treffen. <sup>8)</sup> Der typische Fall ist der VA, der mit einer Nebenbestimmung verbunden wird.

Unter dem "zweiseitige VA" versteht man allgemein VA, die der Mitwirkung des Betroffenen bedürfen. <sup>9)</sup>

- 1) Gelzer NJW 70, 1352 ff Dörffler NJW 63, 14 ff derselbe DÖV 65, 793, Peters (Tagungsniederschrift) DÖV 65, 744 ff
- 2) Laubinger a. a. O. S. 5; Redeker DVBL 62, 220; Erning DVBL 60, 467; de Clerck DÖV 64, 152 (153); Fromm Verw. Arch. 56 (1965) 26 ff OVG Lüneburg BBauBl 59, 401; OVG Mstr. Urt. v. 3. 10. 1963 = BR. S. 14, 235 (236) Bayr. VGH, Urt. v. 20. 2. 1961 Vw. Rspr. 13, 529 auch EVwVerfG 1963 amtl. Begr. zu § 39 S. 181; dazu Stellungnahme des Vw-Rechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins v. 2. 2. 1971 zu § 37 (f) S. 23 ff
- 3) Zinser DÖV 53, 151; dieser Begriff wurde gelegentlich auch von anderen verwandt, so Gelzer NJW 59, 1905 (1906); Fromm BB 62, 985; OVG Koblenz Beschl. v. 18. 10. 1953 AS 1, 400 (402); Sellmann NJW 64, 1545
- 4) v. Turegg-Kraus S. 135
- 5) v. Turegg-Kraus S. 135
- 6) Koehler § 42 Anm. A VII 19; § 113 Anm. B VIII 4 c
- 7) BSG v. 21. 11. 61 = BSGE 15, 252 (253/54)
- 8) Wolff § 47 VI c u. d, bezieht diese auch unter dem Begriff des VA mit Doppelwirkung
- 9) Jellinek Lehrb. S. 249 ff; Forsthoff S. 194 ff; Wolff I § 48, diese VA werden heute allg. als mitwirkungsbedürftige VA bezeichnet.

Kennzeichnend für die hier zu untersuchenden VA ist, daß es sich um einen einzigen VA handelt, der mindestens zwei Betroffene hat, von denen einer begünstigt und ein anderer belastet wird, dabei bedingt die Begünstigung des einen die Belastung des anderen.

Innerhalb dieser Gruppe von VA unterscheidet Dörffler <sup>1)</sup> zwischen VA mit Doppelwirkung und VA mit Drittwirkung. Liegt von der erlassenen Behörde her eine gewollte Begünstigung und Belastung vor, so sei dies ein VA mit Doppelwirkung. Die Behörde regele bei ihrer Entscheidung nicht nur solche Rechtsbeziehungen, die zwischen ihr und dem Begünstigten bestünden, sondern auch solche zwischen ihr und dem Belasteten. Daher sei der VA auch an beide gerichtet, so daß der Belastete nicht Dritter, sondern Beteiligter sei.

Demgegenüber zielt der VA mit Drittwirkung allein auf die Begünstigung ab, er sei daher auch nur an einen Staatsbürger gerichtet, gleichzeitig berühre dieser VA auch die Rechtsstellung eines Dritten. Die Drittwirkung äußert dieser VA erst, wenn er in die materiell geschützte Rechtsstellung des Dritten eingreift. <sup>2)</sup>

Diese Differenzierung ist jedoch nicht sehr überzeugend. Es kommt nicht darauf an, was die Behörde gewollt hat <sup>3)</sup>, liegt tatsächlich eine Belastung des Dritten vor, so kann er sich dagegen wehren, ohne Rücksicht darauf, was die Behörde gewollt hat <sup>4)</sup>; zum anderen wird weder aus dem Begriff der Doppel- noch dem der Drittwirkung ersichtlich, welche tatsächliche Folge der VA mit sich bringt, noch wird deutlich, daß mehrere Personen durch diesen VA berührt werden.

Auch Siegmund-Schultze <sup>5)</sup> trifft eine Unterscheidung zwischen VA mit Doppel- u. mit Drittwirkung.

Der VA mit Doppelwirkung begünstige eine und belaste eine andere Person schon nach der Intention des Gesetzes aufgrund dessen der VA ergeht. Der VA mit Drittwirkung trage die Besonderheit, daß er nur auf die Begünstigung der Person gerichtet sei, wobei hingegen die Belastung nur auf die Rechtswidrigkeit

---

1) ähnl. auch Theuerkauf DVBL 64, 386 (390)  
Dörffler NJW 63, 14 (15)

2) Dieser Abgrenzung hat sich auch das OVG Hamburg Urteil v. 8.8.1963 = DÖV 64, 208/209 angeschlossen

3) Forsthoff S. 190

4) das muß auch Dörffler selbst eingestehen (S. 17), wenn er erklärt, daß hinsichtlich der Klagebefugnis kein Unterschied zwischen VA mit Doppel- u. Drittwirkung bestehe

5) DVBL 66, 247 (248) u. DVBL 63, 745 (753)

des VA zurückzuführen sei. Hierbei zeigt sich, daß für diese Unterscheidung, die einmal auf die materiell-rechtliche Seite gestützt wird, gleichzeitig prozeß-rechtliche Grundsätze - nämlich die Rechtswidrigkeit - hereingenommen wurden, die doch erst eine Folge der im Zeitpunkt des Erlasses noch gar nicht feststehenden Beeinträchtigung der materiell geschützten Rechtssphäre sind.

Da die Rechtswidrigkeit des VA unter Umständen erst nach längerer Zeit festgestellt wird, kann sich daraus kein Abgrenzungskriterium ergeben.

Auch das Beispiel, das Siegmund-Schultze anführt, stützt seine Unterscheidung nicht. <sup>1)</sup> Danach liege ein VA mit Doppelwirkung vor, wenn die Baubehörde dem Bauherrn Dispens von einer nachbarschützenden Norm erteile, eine Erteilung der Baugenehmigung unter Mißachtung einer nachbarschützenden Norm gehöre dagegen zu den VA mit Drittwirkung. Gerade diese Fälle zeigen aber, daß es für die Unterscheidung nicht bedeutsam ist, ob der Nachbar gegen eine Baugenehmigung vorgeht, in der ein rechtswidriger Dispens enthalten ist, oder ob er vorbringt, die Erforderlichkeit der Dispenserteilung sei übersehen worden und der VA daher rechtswidrig; in beiden Fällen rügt er eine Beeinträchtigung seiner Rechtssphäre. <sup>2)</sup>

Die Frage der Belastung des Dritten und der Begünstigung ist ein rein materiell-rechtliches Problem, daher muß eine Begriffsbestimmung auch vom materiellen Recht ausgehen. <sup>3)</sup> Weder die Klagebefugnis noch die Adressateneigenschaft können ein brauchbares Unterscheidungsmerkmal abgeben, denn klagebefugt kann kraft gesetzlicher Bestimmung auch jemand sein, dessen materielle Rechtsstellung durch den VA nicht berührt wurde. <sup>4)</sup>

---

1) a. a. O. S. 248

2) Gegen diese Ansicht auch Fromm Verw. Arch. 56, 26 (27) "die Klagebefugnis ist kein geeignetes Abgrenzungskriterium, da diese allein dem materiellen Recht entspringt;" wird jemand durch den VA in seiner Rechtssphäre betroffen, so kann er gegen den VA vorgehen, daher deckt sich die Begriffsbestimmung des VA mit Doppelwirkung bei Dörffler u. Siegmund-Schultze im Ergebnis mit dem VA mit Drittwirkung, so auch Hau-eisen DVBL 62, 547 Anm. 4 a

3) ähnl., auch Amberg Diss. S. 61 ff, insbes. 66-69

4) z. B. § 35 Wehrpfl. G; vgl. BVerwG Urt. v. 8. 8. 1958 = BVerwG. E 7, 209 § 22 KgfEG vgl. BVerwG 13. 1. 60 = BVerwG E 9, 169 = DÖV 60, 908 sowie Urt. v. 17. 5. 1961 = DÖV 62, 75

Urt. v. 7. 11. 1962 = DÖV 63, 24

§§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 3 HandwO vgl. OVG Lüneburg Beschl. v. 27. 6. 63 = Gew. Arch. 63, 276/277

bzgl. der Adressateneigenschaft s OVG Mstr

Der Begriff muß klarstellen, daß der VA mehrere Personen betrifft, und zwar in unterschiedlicher Weise. Dies wird weder durch den Begriff der Doppelwirkung noch den der Drittwirkung erreicht. Der Begriff der Doppelwirkung macht zwar deutlich, daß der VA eine doppelte rechtliche Wirkung entfaltet, doch kann sich diese Wirkung einmal auf den Adressaten selbst, zum anderen Falle daneben auch noch auf andere Personen beziehen. Entscheidendes Kriterium muß daher die rechtliche Wirkung des VA sein, da es von weitreichender Bedeutung ist, ob die Doppelwirkung nur den Adressaten oder daneben auch noch einen Dritten betrifft.

Der Begriff der Drittwirkung dagegen weist darauf hin, daß neben dem Adressaten auch noch ein Dritter von dem VA berührt wird, doch ist nicht ersichtlich, ob diese Wirkung begünstigend oder belastend ist. Entscheidend ist aber, daß der VA sich auf Dritte mit der Folge erstreckt, daß der Dritte belastet wird. Erst wenn seine Rechtssphäre berührt wird, stellt sich die Frage, ob und wie er gegen den VA vorgehen kann, diese rechtliche Wirkung ist Wesensmerkmal der hier zu untersuchenden VA.

Eine klare Begriffsbestimmung muß daher beide Elemente umfassen, den Begriff der Doppelwirkung, der kennzeichnet, daß der VA Elemente der Begünstigung und der Belastung enthält, und den Begriff der Drittbeträchtigung, da dadurch klargestellt wird, welche rechtliche Wirkung dieser VA auf den Dritten ausübt.

Ein Hoheitsakt, der einen begünstigt, in dem er Rechte begründet oder bestätigt, und gleichzeitig einen oder mehrere Dritte belastet, in dem er daneben

---

Fortsetzung der Fn. 4) von S. 5:

Urt. v. 5. 3. 63 = DVBL 63, 638 mit zust. Anm. Menger

Verw. Arch. 55 (1964) S. 83

Daher ist auch der Unterscheidung von Fromm Verw. Arch. 56, S. 31 zwischen gekorenen VA mit Doppelwirkung (die Klagebefugnis eines Dritten ergibt sich aus dem Gesetz als Ausnahme zu § 42 II VWGO) und geborenen VA mit Doppelwirkung (Klagebefugnis ergibt sich aus dem materiellen Recht) nicht zu folgen. Die Klagebefugnis gibt für die Bestimmung des VA nichts her, da allein dem materiellen Recht zu entnehmen ist, ob der Dritte durch den VA in seiner Rechtssphäre berührt wird. Hier zeigt sich wieder die Vermischung von materiellem mit prozessualem Recht; die letztlich einen Zirkelschluß ergibt.

So auch Bender-Dohle Nachbarschutz im Zivil- und Verwaltungsrecht, Schriftenreihe d. NJW, Heft 13, 1972, S. 38 Anm. 84

ein Tun, Dulden oder Unterlassen verlangt, Rechte beschränkt oder einzieht, wird daher als Verwaltungsakt mit drittbelastender Doppelwirkung bezeichnet. (VAmD) 1)

---

1) so auch Wieseler a. a. O. S. 222  
neuerdings auch Gelzer, 10 J. VwGO, S. 204

# 1. HAUPTTEIL

## B. RECHTSSCHUTZ GEGEN EINEN VAmD

### I. Zur Zulässigkeit der öffentlich-rechtlichen Klage gegen einen VAmD

Entsprechend der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel steht der Verwaltungsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten offen. Dadurch wird Art. 19 Abs. 4 GG konkretisiert, der jeden, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, auf den Verwaltungsrechtsweg verweist.<sup>1)</sup> Durch den Begriff "jemand" in Art. 19 Abs. 4 GG wird gleichzeitig klargestellt, daß jeder, der in "seinen Rechten" verletzt wird, diese verwaltungsgerichtliche Klage erheben kann, also nicht nur der Adressat eines VA, sondern auch derjenige, der durch diesen an einen anderen gerichteten VA in seinen Rechten verletzt wurde.<sup>2)</sup>

Als Mittel zur Durchsetzung seiner Rechte stehen ihm die in der VwGO vorgesehenen Rechtsbehelfe zur Verfügung.

Voraussetzung für eine verwaltungsrechtliche Klage ist gem. § 40 VwGO, daß eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit zu entscheiden ist.<sup>3)</sup> Entscheidendes Kriterium dafür ist der Rechtscharakter des Klagebegehrens, wobei aber nicht entscheidend ist, was gerade der Kläger als Anspruchsgrundlage ansieht oder behauptet, vielmehr kommt es darauf an, aus welchem Rechtsgebiet bei objektiver rechtlicher Beurteilung des Vortrages des Klägers die Anspruchsgrundlage zu entnehmen ist.<sup>4)</sup>

1) Maunz-Dürig Art. 19 Abs. 4 Rdn. 7; Klinger § 40 Anm. A III; BVerwG Urt. v. 5. 10. 1965 = DVBL 66, 269 = BVerwGE 22, 129

2) Eyermann-Fröhler § 42 Rdn. 94; Bachof, Vornahmeklage S. 39, Klinger § 42 Anm. C 1 m. w. N. auf Rspr. u. Lit.; BVerwG a. a. O.; so auch schon das Pr. OVG 1, 327 ff Urt. v. 13. 12. 1872

3) zum Theoriestreit über die Abgrenzung zwischen Verwaltungsrechts- und Zivilrechtsweg vgl. H-J Wolff Bd. I § 22 II m. w. N.; Forsthoff § 17

4) BGH Urt. v. 18. 3. 1964 = BGHZ 41, 264 BGH Urt. v. 13. 11. 1964 DVBL 1965, 157

teilweise widersprüchlich BGH Urt. v. 17. 11. 1967 DVBL 1968, 148 mit krit. Anm. v. Martens; wie hier Redeker-v-Oertzen § 40 Rdn. 5, m. w. N.; Wolff a. a. O.; Ule, Lehrbuch S. 34 ff

Zwar wird von einem Teil der Literatur <sup>1)</sup> bestritten, daß es zur Bestimmung des Rechtscharakters der Streitigkeit auf die anwendbaren Rechtsnormen ankomme, "denn die Entscheidung eines Zivilprozesses erheischt nicht selten die Beantwortung einer Frage des öffentlichen Rechts" <sup>2)</sup>, wie umgekehrt eine Verwaltungsbehörde oft privatrechtliche Vorfragen zu beurteilen hat. <sup>3)</sup> Diese Auffassung ist aber abzulehnen, da es bei der Abgrenzung öffentlich-rechtlicher von den privatrechtlichen Streitigkeiten nur auf das anwendbare Recht ankommen kann. Den Bedenken der Gegenmeinung wird ausreichend dadurch Rechnung getragen, daß zur Ermittlung des Rechtscharakters der Streitigkeit nur auf die Hauptfrage abzustellen ist und Vorfragen außer Betracht zu bleiben haben. <sup>4)</sup> Als weitere Einschränkung wurde die These aufgestellt, daß trotz des Vorliegens des bürgerlich-rechtlichen Charakters einer Anspruchsgrundlage der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten dann verschlossen sei, wenn schon nach dem Klagevortrag das Ziel der Klage die Ausübung der Herrschaftsgewalt des Staates betrifft, d. h. Ziel der Klage die Aufhebung oder den Erlaß eines VA betreffe. <sup>5)</sup> Auch hier sei entscheidend, daß die ordentlichen Gerichte nicht in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichte übergreifen dürfen, wenn das Ziel der Klage die Aufhebung eines Aktes der hoheitlichen Gewalt beinhaltet. Diese Einschränkung kann jedoch nur so verstanden werden, daß, wenn gegen einen Akt der hoheitlichen Gewalt vorgegangen wird, trotz des Vorliegens einer bürgerlich-rechtlichen Anspruchsnorm die wahre Rechtsnatur der Streitigkeit sich auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes bewegt, wobei ein entscheidender Anhaltspunkt die Rechtsnatur der Anspruchsgrundlage ist <sup>6)</sup>, in größerem Rahmen aber der Sachzusammenhang zu beachten ist. <sup>7)</sup>

1. Für die Frage der Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges bei der Klage gegen einen VAmD ist daher die wahre Rechtsnatur der Streitigkeit entscheidend, wobei Anhaltspunkt für die Lösung die Einordnung der Anspruchsgrundlage ist. Dies soll am Beispiel der Nachbarklage untersucht werden.

---

1) Stein-Jonas Komm. zur ZPO II A II vor § 1, ZPO Rosenberg § 11 II 3 a

2) RGZ 93, 202

3) Rosenberg a. a. O.

4) vgl. Eyermann-Fröhler § 40 Rdn. 23-25 m. w. N.

5) BGH Urt. v. 12. 7. 1967 BGHZ 48, 239 u. Urt. v. 9. 12. 1966 NJW 1967, 563

6) Eyermann-Fröhler § 40 Rdn. 25 f m. w. N.

7) Eyermann-Fröhler § 40 1 f m. w. N. ; Bachof JZ 66, 264 ff u. 562 ff; BVerwG Urt. v. 18. 10. 1960 DVBL 61, 207 mit zust. Anmerk. v. Wolff; sowie BGH Urt. v. 20. 6. 61 DVBL 61, 672

Trotz der ständigen Rechtssprechung der Verwaltungsgerichte <sup>1)</sup> werden gegen die Zulässigkeit der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage in der Literatur immer noch Zweifel angemeldet. <sup>2)</sup> Die Haupteinwände gehen dahin, daß es sich letztlich um den Streit zweier oder mehrerer Privatpersonen handelt, in den die Behörde lediglich aufgrund eines formellen Aktes eingeschaltet sei, zum anderen werden subjektiv-öffentliche Rechte des Nachbarn, die sich aus den Vorschriften des Baurechts ergeben können, überhaupt verneint, da diese Normen lediglich private Rechtspositionen vermitteln. <sup>3)</sup>

Der erste Einwand zeigt sich bei genauerem Hinsehen als nicht haltbar. Während die Zivilgerichte nur über das Verhältnis zwischen Bauherrn und Nachbarn aufgrund ihrer zivilrechtlichen Eigentümerstellung zu entscheiden haben, geht es im Verwaltungsrechtsstreit allein darum, ob die Baugenehmigungsbehörde berechtigt ist oder war, dem Bauherrn eine derartige Erlaubnis zu erteilen. Die eine Klage schließt die andere nicht aus.

Da bei der Erteilung der Bauerlaubnis die Behörde lediglich zu prüfen hat, ob das Bauvorhaben öffentlich-rechtlichen Vorschriften widerspricht <sup>4)</sup>, sie andererseits grundsätzlich die privaten Rechte der Nachbarn nicht zu berücksichtigen hat <sup>5)</sup>, können die privaten Rechte der Nachbarn allein durch die Baugenehmi-

- 
- 1) Grundlegend: BVerwG Urt. v. 5. 10. 1965; BVerwG E 22, 129, Urt. v. 5. 5. 1970 NJW 70, 1939 u. bereits Urt. v. 18. 8. 1960 BVerwG E 11, 95, OVG Lüneburg Urt. v. 6. 10. 1960 DVBL 61, 54; OVG Mstr. Urt. v. 15. 12. 1959 DÖV 60, 432; Eyermann-Fröhler § 42; Eyermann-Fröhler § 42 Rdn. 98; Ule, VwGO § 42 Anmerk. III 1 b; jeweils m. w. N.
  - 2) Redeker NJW 1959, 749; Sellmann DVBL 1963, 273 u. NJW 1964, 1545; Schneider Verw. Arch. 1967, 305; Fischer Diss. Köln 65, S. 54 ff; Schulte Eigentum insbes. S. 186 ff
  - 3) so insbes. Fischer a. a. O. - dagegen vgl. 1 Hauptteil B IV., die Frage, ob dem Nachbarn ein subjektiv-öffentliches Recht zusteht, kann für die Frage der Zulässigkeit d. Verwaltungsrechtsweges nicht entscheidend sein, da dies nur das Bestehen d. materiellen Anspruches betrifft, nicht dagegen die rein prozessuale Frage der Befugnis zur Klageerhebung bzgl. eines Rechtsweges.
  - 4) Die BauO regeln eindeutig, daß die Baugenehmigung unbeschadet privater Rechte Dritter erteilt wird. Es wird lediglich geprüft, ob das Bauvorhaben den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht, z. B. § 88 Abs. 1 u. 6 BauO NW, 91 Abs. 7 Bay. BauO; § 70 Abs. 2 Hess. BauO, § 80 Abs. 3 Rhlpf. BauO.
  - 5) vgl. aber das Urteil d. BVerwG v. 17. 12. 1964 DVBL 1965, 415 in dem die Versagung einer Baugenehmigung wegen des Vorhandenseins einer Dienstbarkeit (Bauverbot) bestätigt wurde. Diese Entscheidung ist mit

gung, die ja Angriffspunkt der Klage ist, gar nicht berührt werden. Erst mit der Verwirklichung der Baugenehmigung durch den Bauherrn kann dieser in private Rechte der Nachbarn eingreifen. Die Versagung des Verwaltungsrechtsweges für Nachbarklagen hätte in dem Fall, in dem von der Baugenehmigung noch gar nicht Gebrauch gemacht worden ist, zur Folge, daß dem Nachbarn auch der Zivilrechtsweg verschlossen wäre, da noch keine Beeinträchtigung für ihn eingetreten ist, die Voraussetzung für eine erfolgreiche Zivilklage gem. §§ 906, 1004 BGB wäre. 1)

Zu beachten ist weiter, daß es sich bei der Baugenehmigung um die Beseitigung eines öffentlich-rechtlichen Verbots mit Erlaubnisvorbehalt 2) handelt, und der Bauherr einen Rechtsanspruch auf die Genehmigung hat, sofern das Bauvorhaben materiell rechtmäßig ist. Angriffspunkt einer Klage gegen die Baugenehmigung kann daher sein, daß das Bauvorhaben nicht mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften in Einklang steht und - da die Genehmigung unbeschadet der privaten Rechte des Nachbarn ergeht - in den entsprechenden Vorschriften niedergelegte subjektive-öffentliche Rechte des Nachbarn verletzt. Die wahre Rechtsnatur der Streitigkeit hat daher ihre Wurzel in den öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften 3), so daß der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist.

2. Teilweise wird vertreten, daß der Verwaltungsrechtsweg mangels eines entsprechenden Rechtsschutzbedürfnisses "subsidiär" sei, da das mit der Klage verfolgte Ziel des Nachbarn mit einer in Betracht kommenden zivil-rechtlichen Klage identisch sei. 4)

---

Fortsetzung der Fn. 5) von S. 10:

Recht überwiegend abgelehnt worden, z.B. Ule DVBL 1966, 196, Menger/ Erichsen Verw. Arch. Bd. 56 (1965) 387 f, Schwerdtfeger DÖV 1966, 494. Auch das BVerwG dürfte mit dem Urt. v. 10. 5. 1968 DÖV 1969, 143 = NJW 69, 73 m. w. N. von dieser Auffassung wieder abgewichen sein. Vgl. auch Kübler-Speidel a. a. O. V Rdn. 74.

1) So auch BVerwG Urt. v. 5. 10. 1965 a. a. O.

2) Vgl. zur Terminologie Wolff I § 48 II; Forsthoff § 13, 2 c

3) Dasselbe gilt für die Nachbarklagen im Gewerberecht, Wasserrecht, Berufszulassungsrecht etc.; Angriffspunkt des betroffenen Dritten ist immer die Beeinträchtigung seiner Rechtssphäre durch die Verletzung ihn schützender subjektiver-öffentlicher Rechte.

4) Peters DÖV 68, 549 u. DVBL 66, 173, sowie DÖV 65, 744; Sellmann DVBL 163, 281; wohl auch OVG Lüneburg Urt. v. 30. 6. 1960 DVBL 60, 648 hinsichtlich des polizeilichen Einschreitens gegen Betriebslärm, dazu Menger

Zweifelhaft erscheint bereits, ob der Zivilrechtsweg dem Nachbarn die einfachere Rechtsdurchsetzung ermöglicht, da ihm die Amtsermittlungspflicht des § 86 VwGO im Zivilprozeß nicht zugutekommt.

Entscheidend ist jedoch, daß nur die Verwaltungsgerichte dem Nachbarn hinreichenden Rechtsschutz gewähren können, da aufgrund der Tatbestandswirkung der Baugenehmigung <sup>1)</sup> die Zivilgerichte den durch diesen VA entstandenen Rechtszustand zu beachten haben und auch an die rechtswidrige Befreiung des Bauherrn von nachbarschützenden Vorschriften gebunden sind. <sup>2)</sup>

Diese Tatbestandswirkung entfällt nur dann, wenn der VA nichtig ist. Damit kann der Nachbar Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem ihn schützenden Nachbarrecht solange nicht herleiten, wie die Tatbestandswirkung der Baugenehmigung besteht; ebensowenig kann ein Anspruch auf § 823 Abs. 1 BGB gestützt werden, weil die Erweiterung des materiellen Eigentums durch die Gewährung eines Nachbarrechtes <sup>3)</sup> ebenfalls aufgehoben ist.

Die übrigen zivilrechtlichen Ansprüche aus §§ 906/1004, 862 BGB und dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis werden - solange von der Baugenehmigung durch den Bauherrn noch nicht Gebrauch gemacht wurde - nur selten begründet sein, da in diesen Fällen bei Verstößen gegen das öffentliche Baurecht noch keine Übergriffe der Bauherren auf das Nachbargrundstück erfolgen. Das Ziel der Klage gegen die Baugenehmigung ist nicht auf die Beseitigung einer Störung selbst wie im Zivilprozeß gerichtet, sondern auf die Aufhebung oder den Erlass eines VA oder die Vornahme einer Amtshandlung mit der Folge, die Störung zu unterbinden. <sup>4)</sup>

Fortsetzung der Fn. 4) von S. 11:

Verw. Arch. Bd. 52(1961), 203; einen zweifelhaften Hinweis auf die Möglichkeit der Verhinderung der Doppelgleisigkeit des Rechtsweges gibt Sendler BauR 70, 74 ff (75 f)

- 1) Bartlsperger Verw. Arch. 1969, 55; Rübner DVBL 1963, 609; Schrödter DVBL 68, 39; Kernade a. a. O. S. 4; LG Dortmund Urt. v. 11. 6. 1964 NJW 64, 2065
- 2) Schrödter a. a. O.; Rübner a. a. O.

Aus dem Urteil des BVerwG v. 5. 10. 1965 a. a. O. läßt sich sogar der Schluß ziehen, daß die gesetzliche Grundentscheidung zugunsten eines öffentlich-rechtlichen Baunachbarrechts dazu berechtige, der rechtsbeständigen Baugenehmigung im Verhältnis zu den privaten Nachbarrechten eine Ausschlußwirkung beizulegen, so auch Bartlsperger Verw. Arch. Bd. 60(1969), 59; ähnlich auch Schulte, Eigentum, S. 241 u. Schrödter DVBL 1968, 37 ff.

- 3) Schrödter, BBauG § 31 Anm. 4.
- 4) Bettermann NJW 61, 1097, Menger Verw. Arch. Bd. 52 (1961) 102 f; sowie Bd. 51 (1960), 264 f; a. A. Peters DVBL 1966, 171 f.

Es ist daher zutreffend mit der herrschenden Meinung <sup>1)</sup> davon auszugehen, daß der Verwaltungsrechtsweg nicht wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses unzulässig ist, allenfalls kann der Verwaltungsrechtsschutz im Rahmen der Begründetheitsprüfung der Klage entfallen. <sup>1)</sup>

Die zivilrechtlichen Möglichkeiten haben dagegen für die prozessuale Befugnis zur Klageerhebung keine Bedeutung, da einerseits die Klageziele nicht identisch sind, zum anderen die Tatbestands- und Auslegungswirkung am Beispiel Baugenehmigungen <sup>2)</sup> zeigt, daß für den Verwaltungsrechtsweg ein echtes Bedürfnis besteht.

Dieselbe Problematik wie bei der Baugenehmigung entsteht z. B. bei der gewerberechtlichen Nachbarklage <sup>3)</sup> sowie bei der Nachbarklage aufgrund der Vorschriften der Wassergesetze <sup>4)</sup>; auch hier treten private Interessen zweier durch einen VA berührter Personen gegenüber, wobei jedoch Angriffspunkt einer Klage die Beseitigung eines VA ist, weil dieser gegen Vorschriften verstößt, die dem anderen subjektive-öffentliche Rechte einräumt.

Für die Klage gegen einen VAmD ist daher der Verwaltungsrechtsweg gegeben.

- 
- 1) BVerwG Urt. v. 30. 1. 1961 DVBL 1961, 408; OVG Mstr. Urt. v. 25. 1. 1967 DVBL 1967, 546; VG Saarlouis Urt. v. 12. 12. 1968 NJW 69, 812; Kernade a. a. O. S. 7; Menger Verw. Arch. Bd. 52 (1961) 102 m. w. N. mit überzeugender Begründung; Kübler-Speidel, Handbuch d. Baunachbarrechts, 1970 V Rdn. 38; Bender-Dohle, Nachbarschutz im Zivil- u. Verwaltungsrecht, 1972, Rdn. 23
  - 2) Zur Auslegungswirkung vgl. BGH Urt. v. 22. 5. 1967 NJW 67, 1754.
  - 3) Schulte, Eigentum § 7 II S. 153 ff, Bettermann NJW 61, 1097 ff, Demme DVBL 1967, 758 ff, derselbe Gew. Arch. 1970, 145 ff; Friauf Jur. Analysen 1970 (ÖR) S. 57. Bender-Dohle Rdn. 355 ff.
  - 4) Dellian Bay. VBL. 1966, 337 ff; derselbe NJW 1967, 520ff; Friauf a. a. O. m. w. N. ; BVerwG Urt. v. 7. 6. 1967 BVerwG E 27 176; vgl. aber einschränkend OVG Mstr. Urt. v. 10. 11. 1966 OVGE 23 27 ff Bender-Dohle Rdn. 302 ff.

## II. Klageart gegen einen VAmD

1. Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage als die richtige Klageart gegen einen VA mit dritbelastender Doppelwirkung

Der Streit um die Ausgestaltung der richtigen Klageart bei VA mit dritbelastender Doppelwirkung ergibt sich vor allem aus den unterschiedlichen Stellungen von Begünstigten und Belasteten, ohne daß diese durch den Erlaß des VA zueinander in ein öffentlich-rechtliches Verhältnis kommen. <sup>1)</sup> Die Schwierigkeiten folgen daraus, daß sich die Entscheidung im Prozeß nicht nur zwischen dem Kläger und Beklagten auswirkt, sondern auch der durch den VA Begünstigte durch diese Entscheidung betroffen wird. Es entsteht also ein rechtliches Dreiecksverhältnis zwischen Kläger - Beklagten und dem durch den VA Begünstigten.

a) Das OVG Münster <sup>2)</sup> vertrat in ständiger Rechtsprechung, vor allem mit dem Hinweis auf den vorläufigen Rechtsschutz die Auffassung, daß die Verpflichtungsklage die richtige Klageart sei. Dieser Meinung haben sich in der Literatur Gelzer <sup>3)</sup>, Obermayer <sup>4)</sup>, Pietzonka <sup>5)</sup>, Glaser - Dröschel <sup>6)</sup>, Evers <sup>7)</sup> und Bilcher <sup>8)</sup> angeschlossen. Zur Begründung wurden folgende Thesen aufgestellt.

(1) Ziel des Klägers (in diesen Fällen handelte es sich um eine Nachbarklage) sei nicht allein die Vernichtung des VA, da der diesem zugrunde liegenden Antrag "nach seiner Aufhebung durch das Gericht wieder unbeschieden wäre und die Behörde erneut darüber befinden müßte, ohne daß eine im Rechtsweg verfolgbare Verpflichtung besteht, bei der neuen Entscheidung den Bauantrag nunmehr abzu-

- 
- 1) Vgl. zur Möglichkeit der verwaltungsrechtlichen Streitigkeit unmittelbar zwischen den benachbarten Grundstückseigentümern aber Schroer DÖV 66, 231; Peters DÖV 68, 549, 552; de Clerck DÖV 64, 154; die aber allgemein abgelehnt wird vgl. Kübler-Speidel V Rdn. 3 m. w. N.
  - 2) OVG Mstr. Ur. v. 10. 9. 1957 = OVGE 13, 6 ff  
" " Beschl. v. 8. 10. 1957 " DVBL 1958, 68 ff = OVG E 13, 65 ff;  
anders neuerdings im Anschluß an das Ur. des BVerwG v. 5. 10. 1965 a. a. O.  
jetzt Beschl. v. 9. 8. 1966 DVBL 67, 244 = NJW 66, 2181
  - 3) Gelzer in NJW 1958, 326 ff; in NJW 1959, 1905 ff
  - 4) Obermayer Jus 63, 110 ff
  - 5) Pietzonka BBauBl. 1958, 66 ff
  - 6) Glaser - Dröschel Dritter Teil IV 135 d, aa S. 251
  - 7) Jus 62, 90; grds. auch Obermayer Jus 63, 111
  - 8) Bilcher Diss. S. 100

lehnen. " 1)

Der Kläger wehre sich nicht nur gegen ein Eingreifen in seinen bestehenden Rechtskreis, sondern er möchte seinen Rechtskreis durch einen ihm begünstigenden VA schützen.

(2) Dem Belasteten sei oft der genaue Wortlaut des VA (hier Bauerlaubnis) unbekannt.

(3) Durch die Anfechtungsklage würde die Position des Nachbarn (= des Belasteten) unverhältnismäßig gestärkt. 2)

Schon der Ansatzpunkt zu der früheren Auffassung des OVG Mstr. erscheint verfehlt.

Die Verpflichtungsklage ist auf die Verurteilung zum Erlaß eines VA gerichtet, sie ist also eine Leistungsklage, im Gegensatz zur Anfechtungsklage, die eine Gestaltungsklage darstellt. 3)

Mit der Verpflichtungsklage macht der Kläger einen Rechtsanspruch auf ein Tätigwerden der Verwaltung in Form eines VA geltend, er erstrebt also die Erweiterung seines Rechtskreises. 4)

Bei der Klage des Belasteten gegen einen VAmD wendet sich der Kläger jedoch gegen einen Eingriff in seinen geschützten Rechtskreis; er befindet sich also in einer Abwehrposition. 5) Diese Abwehrposition kennzeichnet gerade die Anfechtungsklage.

Die Kennzeichnung des VAmD liegt gerade in der Gleichzeitigkeit von Belastung und Begünstigung für die verschiedenen Personen. Der Behauptung Gelzers 6), der die Stellung von Nachbar und Bauherrn als spiegelbildlich bezeichnet und daraus folgert, daß die Klage des Nachbarn genau wie die Klage des Bauherrn auf Erteilung der Bauerlaubnis eine Verpflichtungsklage sein müsse, kann nicht gefolgt werden. Der Bauherr erstrebt gerade mit seiner Baugenehmigung eine Erweiterung seines Rechtskreises, wobei diese Erweiterung zwangsläufig die Einschränkung des Rechtskreises eines Dritten mit sich bringt. 7) Die Kla-

1) OVG Mstr. Ur. v. 10. 9. 1957 = OVGE 13, 6 (9) = NJW 58, 354 ff

2) Gelzer NJW 59, 705

3) Eyermann-Fröhler § 42 Rdn. 6 ff; Bachof: Vornahmeklage S. 55 f; Redeker-v. Oertzen § 42 Rdn. 2 f; Ule, Lehrbuch § 32 I

4) Bachof a. a. O.; Redeker-v. Oertzen § 42 Rdn. 6 m. w. N.

5) So auch OVG Mstr. OVGE 13, 6 (9); Redeker-v. Oertzen § 42 Rdn. 3; Eyermann-Fröhler § 42 Rdn. 10

6) NJW 1958, 326 u. NJW 1959, 1905

7) Die Frage des Nachbarschutzes kann daher nur im Falle einer Dispenserteilung oder in dem Fall eintreten, wo ein Dispens hätte erteilt werden müs-

gemöglichkeiten des Nachbarn und des Bauherrn müssen daher wegen der verschiedenen Inhalte auch unterschiedlich behandelt werden. <sup>1)</sup>

Würde man auch für den durch den VA belasteten Dritten eine Verpflichtungsklage zulassen, so würden die Abgrenzungen von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage verwischt, mit der Aufhebung eines belastenden VA würde dann immer eine Erweiterung des Rechtskreises erstrebt werden, so daß letztlich die Anfechtungsklage überflüssig würde. Eine Verpflichtungsklage setzt notwendigerweise einen Anspruch auf eine Erweiterung des Rechtskreises voraus. Bei der Abwehr der Belastung entsteht aber kein solcher Anspruch, sondern nur ein Anspruch auf Respektierung des vom Gesetz geschützten Rechtskreises des Belasteten. Dies zeigt sich besonders deutlich am Beispiel der Nachbarklage im Falle der Gaststättenkonzession:

Es müßte in diesem Fall ein Leistungsanspruch darauf bestehen, die Erlaubnis zu versagen. In §§ 2 GastG sind aber die Versagungsgründe abschließend aufgeführt, d. h. der Antragsteller hat einen Rechtsanspruch auf Erteilung, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind. Würde im oben geschilderten Beispiel der Leistungsanspruch des Nachbarn bejaht werden, so würde durch diesen Anspruch der Rechtsanspruch des Antragstellers vereitelt werden, was einmal §§ 2 GastG und zum anderen Art. 12 GG widersprechen würden. <sup>2)</sup>

Der Nachbar hat in diesen Fällen lediglich einen Anspruch auf Respektierung seines geschützten Rechtskreises. Wird in diesen Kreis durch den Erlaß eines VA eingedrungen, so hat er die Möglichkeit, diesen Einbruch abzuwehren, um den vom Gesetz geforderten Zustand wiederherzustellen. Für ein solches Begehren ist aber die Anfechtungsklage die richtige Klageart. <sup>3)</sup>

Auch der Einwand des OVG Münster, daß der VA nach seiner Aufhebung durch das Gericht wieder unbeschieden werde und die Behörde erneut darüber befindet, ohne daß eine im Rechtsweg verfolgbare Verpflichtung besteht, bei der neuen Ent-

---

Fortsetzung der Fn. 7) von S. 15:

sen, die Behörde dies aber, aus welchen Gründen auch immer, rechtlich nicht zum Ausdruck gebracht hat, und tatsächlich die Baugenehmigung eine Dispenserteilung enthält.

- 1) Meyer, Manfred - Diss. S. 114; Kemnade a. a. O. S. 92; Laubinger a. a. O. S. 113; Timmermann a. a. O. S. 165 f; Kübler-Speidel V Rdn. 9 jeweils m. w. N.
- 2) Die gleiche Problematik würde sich im Baurecht ergeben, da hier Art. 14 GG die Baufreiheit schützt und der Bauherr bei Vorliegen der Voraussetzungen einen Anspruch auf Erlaß der Baugenehmigung hat.
- 3) BVerwG Urt. v. 5. 10. 1965 - DVBL 1966, 269(270) = BVerwGE 22, 129 (132), so auch Urt. v. 13. 11. 1961 BVerwGE 11, 331 (332).

scheidung den Antrag nunmehr abzulehnen, ist nicht haltbar. Das OVG Münster erkennt die Wirkungen der Rechtskraft eines kassatorischen Aufhebungsurteils.

Durch das Urteil wird für die Behörde verbindlich festgelegt, daß eine erneute Erteilung des VA mit der gleichen Belastung für den Dritten rechtswidrig wäre. Durch die Rechtskraft des Aufhebungsurteils wird die Behörde gehindert, den gleichen VA, ohne daß sich die Verhältnisse geändert haben, erneut zu erlassen. <sup>1)</sup> Durch dieses Urteil wird der Einbruch in den Rechtskreis des Klägers aufgehoben, dies allein war das Ziel seines Klagebegehrens.

Die Behauptung des OVG Münster, durch eine Anfechtungsklage würde die Stellung des Nachbarn unverhältnismäßig gestärkt, bezieht sich auf den Eintritt des bei einer Anfechtungsklage regelmäßig gegebenen Suspensiveffektes gem. § 80 VwGO. Das Problem des vorläufigen Rechtsschutzes kann jedoch nicht bei der Entscheidung für die richtige Klageart berücksichtigt werden, zumal äußerst streitig ist, ob § 80 bei den VAmD eingreift oder nicht.

Solche Argumentation arbeitet vom Blick auf das Ergebnis her, stellt jedoch keine klare dogmatische Analyse dar. Die Frage des vorläufigen Rechtsschutzes darf daher bei der Suche nach der richtigen Klageart keine Rolle spielen, dieser Einwand des OVG Mstr. ist daher in diesem Zusammenhang unbeachtlich.

Nach der Entscheidung des BVerwG v. 25. 11. 1965 <sup>2)</sup> hat das OVG Mstr. seine Auffassung teilweise aufgegeben <sup>3)</sup> und läßt auch eine Anfechtungsklage zu, ohne die Bedenken hinsichtlich der Stärkung der Stellung des Nachbarn bei der Entscheidung für diese Klageart zu berücksichtigen.

b) Der Hess. VG. H. versuchte in seinem Urt. vom 12. 8. 63 <sup>4)</sup> die Verpflichtungsklage als gleichberechtigt neben die Anfechtungsklage des Nachbarn zu stellen. Diese Verpflichtungsklage soll auf Widerruf der Baugenehmigung lauten. Fraglich ist aber, ob für eine derartige Verpflichtungsklage neben einer Anfech-

1) Eyermann-Fröhler § 121 Rdn. 21 u. 40

Quaritsch a. a. O. S. 226; Schäfer DVBL 1962, 844, 846

OVG Lüneburg Urt. v. 13. 10. 1958 BBauBl 59, 401 (402)

BVerwG Urt. v. 5. 10. 1965 - DVBL 66, 269 (270) -

vgl. auch unten B III 3 a zur Beiladungswirkung und B VII 1

2) BVerwG, E. 22, 129 ff = DVBL 66, 269 ff

3) OVG Mstr. Beschl. v. 9. 8. 66 = NJW 1966, 2181; ebenso jetzt Gelzer DÖV 1965, 793 ff.

4) Hess. VGH DVBL 1970, 66 ff; ähnl. schon Urt. v. 9. 2. 62 - OS IV 28/59, auch Schäfer DVBL 62, 846 mit Hinweis auf dieses Urteil.

tungsklage noch Raum bleibt, der Nachbar also für diese Klageform ein Rechtschutzbedürfnis besitzt. <sup>1)</sup>

Solange die Anfechtungsklage noch läuft, kann der Dritte aus prozeßrechtl. Gründen ebenso wenig ein Wahlrecht zwischen der Anfechtungs- und der Verpflichtungsklage haben, wie in den sonstigen Fällen. <sup>2)</sup> Andernfalls würden die Abgrenzungskriterien für die Anfechtungs- und für die Verpflichtungsklage verwischt, es könnte jede Anfechtungsklage in eine Verpflichtungsklage auf Widerruf des störenden und eigentlich anzufechtenden VA umgedeutet werden. <sup>3)</sup>

c) Teilweise wurde auch die These vertreten, die Klage des Dritten - insbesondere im Bereich der Nachbarklage -, sei eine Leistungsklage bzw. könne in der Form einer Leistungsklage erhoben werden. <sup>4)</sup>

Als Begründung führt Menger die praktische Erwägung an, daß es dem Nachbarn wenig nütze, wenn er zwar den endgültigen Dispens mit aufschiebender Wirkung anfechten könne, de facto der Bau aber schon so weit fortgeschritten sei, daß damit auch de jure vorgreifliche Tatsachen und damit ein "fait accompli" geschaffen sei. Der Schutzgedanke des Art. 19 Abs. 4 GG gebiete daher dem Nachbarn eine (vorbeugende) Leistungsklage zu gestatten.

Gegen eine Leistungsklage ergeben sich ähnliche Bedenken wie gegen die Verpflichtungsklage. Einmal kann mit der Leistungsklage nur ein Handeln der Behörde verlangt werden, welches nicht in dem Erlaß oder Widerruf eines VA liegen darf <sup>5)</sup>, da andernfalls die Vorschriften über das Vorverfahren bei der Anerkennung einer Leistungsklage auf Aufhebung eines VA umgangen würden.

- 
- 1) Anmerkung von Kühling zu diesem Urt. in DVBL 70, 68 s. auch Heintze NJW 63, 1430(1431); denn der Nachbar ist nicht primär durch die Ablehnung des beantragten Widerrufs in seinen Rechten verletzt, sondern durch die erteilte Baugenehmigung.
  - 2) so auch Kühling a. a. O.
  - 3) Vgl. auch Timmermann a. a. O. S. 167; Kübler-Speidel V 9, 10
  - 4) Menger Verw. Arch. Bd. 49 (1958) 280; Ule, VwGO II vor § 42 S. 114; wobei Menger jedoch die (vorbeugende) Leistungsklage nur für den speziellen Fall zulassen will, daß der Suspensiveffekt einer Anfechtungsklage nicht ausreicht, um dem Nachbarn wirksamen Rechtsschutz zu gewähren. Das sei der Fall, wenn durch die vorbeugende Leistungsklage die Erstentscheidung der Behörde in einem ganz bestimmten Sinne gelenkt werde. Daher sei eine Unterlassungsklage in diesem speziellen Fall nicht zulässig.
  - 5) Menger Verw. Arch. 52(1961), 318, dagegen fassen Schäfer DVBL 60, 838 u. Ule a. a. O. auch die Klage auf Erlaß eines VA gegenüber einem Dritten, ebenso wie die Klage, die darauf gerichtet ist, daß d. Beh. den von einem Dritten beantragten VA nicht erläßt, als Leistungsklage auf; vgl. auch Ule, Lehrbuch, § 32 II 3

Zum anderen kann eine Leistungsklage nur dann Erfolg haben, wenn der belastete Dritte einen Anspruch auf die bestimmte Leistung hat.

Der Nachbar müßte in diesem Fall einen Anspruch gegen die Behörde haben, daß sie den Antrag des Bauherrn abschlägig bescheidet oder zurücknimmt. Dieses Recht kann jedoch nicht aus Art. 19 Abs. 4 GG abgeleitet werden; da Art. 19 Abs. 4 GG dementsprechende subj. -öff. Rechte gerade voraussetzt. <sup>1)</sup>

Ein derartiges Recht kann sich nur aus dem jeweiligen Gesetz ergeben. Doch auch hier gibt es kein Recht des Dritten gegenüber der Behörde auf Ablehnung oder Nichtbescheidung des Antrages des Begünstigten, der Dritte hat lediglich ein Recht auf Respektierung seiner Rechtssphäre, ein derartiges oben geschildertes Recht würde aber über diese Rechtssphäre hinausgehen. <sup>2)</sup>

### Zusammenfassendes Ergebnis:

d) Es bleibt daher als richtige Klageart gegen einen VAmDD nur die Anfechtungsklage. Dies gilt grds. für alle VAmDD. Glaubt der belastete Dritte durch den an den Begünstigten adressierten VA, in seinen Rechten verletzt zu sein, und daß dieser VA daher rechtswidrig sei, so kann er diesen VA nur mit der Anfechtungsklage beseitigen. <sup>3)</sup>

Ausnahmsweise kann eine Verpflichtungsklage des Dritten dann in Betracht kommen, wenn der VA bestandskräftig ist und nachträglich eingetretene Änderungen der Sach- und Rechtslage die ursprüngliche Entscheidung der Behörde rechtswidrig erscheinen lassen. <sup>4)</sup>

Aber auch hier kann die Klage nur erfolgreich sein, wenn der Rücknahmeverpflichtung eine materiell-rechtliche Norm zugrundeliegt, die sich als den Dritten schützend (subj. -öff. Recht) darstellt. <sup>5)</sup>

---

1) Vgl. oben B V 2 a m. w. N.

2) s. z. B. § 99 I Nr. 1 Musterbau O u., die entsprechenden Bestimmungen der Landesbau O, wonach der Nachbar eine Zurücknahme der Bauerlaubnis nach Fristablauf jedenfalls nicht wegen anfänglicher Unmöglichkeit verlangen kann.

3) so ausdrückl. Schröcker a. a. O. S. 118 für die Klage des Kündigungsgegners; Fromm Verw. Arch. Bd. 56 (1968), S. 40, 51 für die Klage des Mitbewerbers im PBefG; BVerwG Urt. v. 30. 8. 1968 = BVerwGE 30, 191 für das Subventionsrecht.

4) vgl. auch BVerwG Urt. v. 10. 4. 1968 = NJW 68, 1795 sowie BVerwG Urt. v. 4. 12. 1959 = DVBL 60, 286; einen solchen Fall regelt auch § 99 I Nr. 3 u. 4 Musterbau O; Kübler-Speidel V Rdn. 10 u. 12

5) Friauf a. a. O. S. 63 (Jur. Analysen)

Begehrt dagegen der Dritte nicht nur die Aufhebung oder Abänderung des VA durch Beseitigung der in seine Rechte eingreifenden Wirkungen, sondern vielmehr, dem Begünstigten zu seinen Gunsten Auflagen zu erteilen <sup>1)</sup>, so ist die Verpflichtungsklage als die richtige Klageart anzusehen, da der Dritte i. d. F. eine Erweiterung seiner Rechtsstellung begehrt.

## 2. Klagegegner:

Gegen wen die Klage zu richten ist, ergibt sich aus § 78 VwGO; eine Klage der Betroffenen untereinander, d. h. Klage des Dritten gegen den Adressaten auf dem Verwaltungsrechtsweg, ist danach unzulässig. Teilweise <sup>2)</sup> wird - vor allem für die Baunachbarklage - der Verwaltungsrechtsweg für Streitigkeiten öffentl. Art unmittelbar zwischen den benachbarten Grundstückseigentümern bejaht, da in Wirklichkeit der Streit zwischen diesen Parteien ausgetragen werde und die Behörde lediglich wegen des erlassenen VA als Zwischenstelle eingeschaltet sei. Der Streit über die subj. -öff. Rechte des Nachbarn und des Bauherrn gehe in erster Linie die beiden selbst an. Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden, da die subj. -öffentlichen Rechte aus öffentlich-rechtlichen Normen hervorgehen und dem Einzelnen lediglich eine Rechtsmacht bzw. geschützte Rechtsposition gegenüber dem Staat verschaffen. <sup>3)</sup> Unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen Privatpersonen können diese Normen und die daraus abgeleiteten Rechte dagegen nicht begründen. <sup>4)</sup> Der Dritte kann daher nur vom Staat bzw. der Behörde die Beachtung der zu seinem Schutz erlassenen Normen zu erreichen versuchen, dagegen nicht von dem Adressaten verlangen, auf die ihn von der Behörde zuge-

- 
- 1) z. B. i. Rahmen d. § 5 I Nr. 3 GastG Auflagen zum Schutz d. Nachbarn; i. Bereich d. Lärmschutzes etc. zugunsten der Anwohner; im Rahmen der §§ 16, 26 GewO.
  - 2) Schoer DÖV 66, 231; ähnl. Peters DÖV 65, 751; ders. DÖV 68, 549, 552 u. de Clerck DÖV 64, 154 i. Bereich d. vorläuf. Rechtsschutzes nach § 123 VwGO.
  - 3) Obermayer Jus 63, 112; Bender NJW 66, 1993; Sellmann DVBL 63, 282, Kübler-Speidel a. a. O. I Rdn. 17, 24 und V Rdn. 3; Kernade a. a. O. - S. 112; OVG Koblenz Beschl. v. 18. 10. 52 AS 1, 400
  - 4) Vgl. die Versuche von Redeker NJW 59, 749 (751), Kniestedt DÖV 62, 89(91), die die öff. -rechtl. Baurechtsvorschriften zur Ausgestaltung des privatrechtl. nachbarl. Gemeinschaftsverhältnisses heranziehen wollen und den Vorschriften privatrechtsbestimmenden Charakter geben. Noch weitergehend Fischer, Diss. S. 54 ff, dagegen mit Recht Kernade a. a. O. S. 6; u. Mühl NJW 58, 769 (770); vgl. dazu auch Schulte, Eigentum § 9 III S. 200 ff (230)

billigte Position zu verzichten. Dies ist aufgrund der Funktion der subj. -öff. Rechte nur möglich auf dem Weg einer Klage gegen die in § 78 VwGO. aufgezählten Klagegegner.

### III. Beteiligung des Adressaten eines VAmDD

Die Beiladung gem. § 65 VwGO dient der Anhörung des Beigeladenen in einem Rechtsstreit, in dem ein Dritter Rechte geltend macht, deren Bestehen oder Nichtbestehen für das Bestehen oder Nichtbestehen der Rechte des Beigeladenen entscheidend ist. Dem Beigeladenen soll Gelegenheit gegeben werden, auf das Verfahren Einfluß zu nehmen und so eine umfassende Klärung des Streitstoffes erreicht werden. <sup>1)</sup>

1) § 65 VwGO unterscheidet zwischen der einfachen und der notwendigen Beiladung. <sup>2)</sup>

Da beim VAmDD die Begünstigung des Adressaten und die Belastung des Dritten einander bedingen, in einem unlösbaren Zusammenhang stehen <sup>3)</sup>, kann die Entscheidung des Gerichts dem Begünstigten und dem anfechtenden Dritten gegenüber nur einheitlich ergehen. Es handelt sich somit um einen Fall der notwendigen Beiladung. <sup>4)</sup> Die Entscheidung kann nicht getroffen werden, ohne daß damit gleichzeitig unmittelbar Rechte oder Rechtsbeziehungen des Beigeladenen gestaltet, bestätigt, verändert oder zum Erlöschen gebracht werden. Für die notwendige Beiladung genügt schon die Möglichkeit einer solchen Gestaltungswirkung gegenüber dem Beizuladenden aufgrund des Klagebegehrens. <sup>5)</sup>

1) Schunck-de Clerck § 65 Anm. 1; Redeker v. Oertzen § 65 Rdn. 1, 4; allgemein: Bettermann DVBL 51, 39 ff; Martens: Verw. Arch. Bd. 60(1969) S. 197 ff u. 356 ff; Stahl: Beiladung u. Nebenintervention, 1972 S. 29, 67 ff; Kübler-Speidel V Rdn. 42; bereits BVerwG Urt. v. 17. 10. 1958 NJW 59, 258 f

2) Zur Unterscheidung s. Redeker-v. Oertzen a. a. O.; Stahl a. a. O. jeweils m. w. N.

3) s. A II; Bichler, Diss. S. 73 der die notwendige Beiladung nur bei VAmDD zuläßt, andere Fälle wären nicht denkbar; dagegen Stahl a. a. O. S. 7 f

4) BVerwG Urt. v. 10. 3. 1964 BVerwGE 18, 124; Urt. v. 7. 12. 65 VvRspr. 18, 240; Urt. v. 7. 6. 1968 BVerwGE 30, 27; VGH Mannheim Beschl. v. 15. 7. 70 NJW 70, 2228; VG Hannover Urt. v. 13. 4. 1971 DVBL 71, 589; Martens a. a. O.; Kübler-Speidel V Rdn. 42 ff; Bender-Dohle Rdn. 76 ff; Bichler a. a. O.; Stahl S. 61 ff; Timmermann S. 182 ff

5) BVerwG Urt. v. 10. 3. 1964 a. a. O.

Die Beiladung erfolgt gem. § 65 I VwGO durch Beschluß <sup>1)</sup> des Gerichtes von Amts wegen oder auf Antrag. Die Beiordnung durch gerichtlichen Beschluß entspringt der im Verwaltungsprozeß geltenden *Offizialmaxime* <sup>2)</sup>, daraus folgt auch, daß das Gericht von Amts wegen die Voraussetzungen einer Beiladung - gleichgültig ob ein Antrag vorliegt - zu erforschen hat. Liegen die Voraussetzungen einer notwendigen Beiladung vor, so muß das Gericht beiladen. <sup>3)</sup> Der Dritte, bei dem die Voraussetzungen der notwendigen Beiladung vorliegen, hat einen Rechtsanspruch auf die Beiladung <sup>4)</sup>, der bei Versagung mit Rechtsmitteln durchgesetzt werden kann.

## 2. Die Rechtsstellung des notwendig Beigeladenen

Mit der Zustellung des Beiladungsbeschlusses bzw. dessen Verkündung in der Verhandlung erhält der Beigeladene die Rechtsstellung eines Beteiligten, § 63 Nr. 3 VwGO.

Ihm sind die Klage und die Schriftsätze der anderen Beteiligten zuzuleiten, § 81 Abs. 2 VwGO; er kann gem. § 67 VwGO Bevollmächtigte bestellen und an allen Terminen teilnehmen. <sup>5)</sup> Er ist - im Gegensatz zum Nebenintervenienten gem. § 66 ZPO - selbständiger Beteiligter und kann auch abweichende Sachanträge stellen, § 66 S. 2 VwGO. Der Beigeladene bleibt aber, trotz dieser Möglichkeit gem. § 66 S. 2 VwGO, von der Prozeßführung der Hauptbeteiligten abhängig; so kann der Beigeladene den Streitgegenstand nicht verändern <sup>6)</sup>, ebenso kann

- 
- 1) streitig ist, ob der Beiladungsbeschluß nur von der Kammer (so die h.M. vgl. Redeker-v. Oertzen § 65 Rdn. 11 m. w. N.) oder auch von d. Vorsitzenden oder von einem von diesem bestellten Richter getroffen werden kann (so Eyermann-Fröhler 4. Aufl. § 65 Rdn. 51; anders 5. Aufl. § 65 Rdn. 51)
  - 2) im Gegensatz zur Nebenintervention, die zur Dispositionsbefugnis des Dritten steht.
  - 3) da es sich bei den Voraussetzungen der Beiladung um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt, (vgl. Stahl a. a. O. S. 26 f m. w. N.) bleibt für eine Ermessensentscheidung d. Gerichts auf der Tatbestandsseite kein Raum, nur bei d. einfachen Beiladung steht dem Gericht auf der Rechtsfolgeseite ein Ermessen zu. Vgl. die unglückl. Formulierung bei Eyermann-Fröhler § 65 Rdn. 43
  - 4) Eyermann-Fröhler § 65 Rdn. 60; Redeker-v. Oertzen § 65 Rdn. 12
  - 5) Eyermann-Fröhler § 66 Rdn. 4
  - 6) Eyermann-Fröhler § 66 Rdn. 9, 23; Redeker-v. Oertzen § 66 Rdn. 10; Stahl a. a. O. S. 105 ff m. w. N.; Bettermann DVBL 51, 40

er eine Beendigung des Prozesses durch die Hauptbeteiligten durch Klagerücknahme <sup>1)</sup> oder Erledigungserklärung <sup>2)</sup> nicht verhindern.

Diese Möglichkeiten des Beigeladenen zeigen, daß seine Stellung der einer Partei angenähert ist. <sup>3)</sup> Geht man nur vom formellen Parteibegriff <sup>4)</sup> aus, wonach Kläger der ist, wer mit der Klage Rechtsschutz begehrt und Beklagter, gegen wen sich - formell - der Rechtsschutz richten soll, so kann der Beigeladene nicht Partei <sup>5)</sup> sein. Gleichwohl ist bei der Klage gegen einen VAmDD das Ziel der Klage nicht, den VA im Verhältnis zur Behörde als Beklagte zu beseitigen; sondern dem Kläger kommt es darauf an, ein für den Beigeladenen günstiges Rechtsverhältnis zu beseitigen, welches durch einen VA gestaltet wurde. Der Beigeladene ist damit nicht Partei im Sinne des formellen Parteibegriffs <sup>5)</sup>, aber der materiell-rechtliche eigentliche Gegner des Klägers <sup>6)</sup>, indem er durch die Gestaltungswirkung des Anfechtungsurteils seine günstige Rechtsstellung verliert. Seine Verteidigungsbefugnisse entsprechen - abgesehen von der Beschränkung der Verfügung über den Streitgegenstand - der prozessualen Stellung einer Partei, ohne daß er jedoch Hauptbeteiligter ist. <sup>7)</sup> Aus dieser prozessualen Parteistellung, die

- 
- 1) BVerwG Beschl. v. 7. 6. 1968 a. a. O.; Schunck - de Clerck §§ 65, 66 Anm. 4 a; Redeker-v. Oertzen § 66 Rdn. 10; Stahl S. 102 ff; a. A. für die Frage der Erledigungserklärung Eyermann-Fröhler § 161 Rdn. 8, widersprüchlich § 66 Rdn. 8; auch Bichler, Diss. S. 175, 181 f; für Vergl. tritt wegen der Doppelnatur eine Bindungswirkung nur bei Zustimmung ein. Vgl. Eyermann-Fröhler § 66 Rdn. 8; OVG Münster Ur. v. 16. 11. 1954 OVGE 9, 117; Redeker-v. Oertzen § 66 Rdn. 10 m. w. N.
  - 2) Eyermann-Fröhler a. a. O.; Stahl a. a. O.
  - 3) Während früher, vgl. Bauer DÖV 49, 227; Hufnagel DV 49, 60 f; Ule, VwGO § 65 Anm. 3; aus der Stellung des Beigeladenen als Beteiligter i. S. d. § 63 Nr. 3 VwGO gefolgert wurde, daß seine Stellung der eines Klägers oder Beklagten, also einer Partei, gleich sei, wird heute allgemein vertreten, daß der Beigeladene nicht Partei i. S. d. formellen Parteibegriffs des Verfahrensrechts sei. Vgl. Redeker-v. Oertzen § 66 Rdn. 3; Stahl a. a. O. S. 97 ff, 122 ff; unklar Eyermann-Fröhler § 66 Rdn. 22, wonach der Beigeladene die prozessuale Stellung einer Partei habe, vgl. auch § 66 Rdn. 3.
  - 4) Vgl. zum formellen Parteibegriff Blomeyer ZPO § 6, S. 41 ff; Rosenberg § 40 I u. II.
  - 5) Zwar fehlt in der VwGO der Begriff der Partei, doch sind gem. § 63 VwGO Kläger u. Beklagter "Hauptbeteiligte" i. S. d. formellen Parteibegriffs; Klinger, § 63 VwGO Anm. B;
  - 6) Vgl. Redeker DVBL 62, 220; Bettermann JZ 60, 336 Redeker-v. Oertzen § 123 Rdn. 35; auch oben C II 5 a
  - 7) Stahl a. a. O. S. 98, 99 m. w. N.

ihm ein selbständiges Prozeßführungsrecht gibt <sup>1)</sup>, ergeben sich Konsequenzen. Der Beigeladene kann nur als Partei vernommen werden <sup>2)</sup>; er kann Sachverständige ablehnen <sup>3)</sup>; das persönliche Erscheinen kann angeordnet werden <sup>4)</sup>; sein Tod unterbricht das Verfahren <sup>5)</sup>; gerichtliche Entscheidungen müssen ihm zugestellt werden <sup>6)</sup>; er kann selbständig Rechtsmittel einlegen <sup>7)</sup>; solange die Rechtsmittelfrist für ihn läuft, ist der Eintritt der Rechtskraft gehemmt. <sup>8)</sup>

### 3. Urteilswirkungen gegenüber dem Beigeladenen

a) Gem. § 121 VwGO bindet das rechtskräftige Urteil die Beteiligten, also nach § 63 Nr. 3 VwGO auch den Beigeladenen. Daraus wird überwiegend geschlossen, daß die Urteilswirkungen gegenüber dem Beigeladenen materielle Rechtskraft äußern <sup>9)</sup>; es einer besonderen Beiladungswirkung nicht bedürfe. Demgegenüber hat Stahl <sup>10)</sup> überzeugend nachgewiesen, daß eine besondere

- 1) Eyermann-Fröhler § 66 Rdn. 22; Redeker-v. Oertzen § 66 Rdn. 7 f; Stahl a. a. O. S. 102 ff
- 2) Eyermann-Fröhler a. a. O. ; für den streitgenössischen Nebenintervenienten vgl. Rosenberg § 47 V 2 b
- 3) Redeker-v. Oertzen a. a. O.
- 4) Rosenberg § 47 V 2 b und § 78 II 3a
- 5) Redeker-v. Oertzen § 61 Rdn. 13 a. A. OVG Berlin Urt. v. 22. 5. 1968 JR 69, 114
- 6) Eyermann-Fröhler § 56 Rdn. 3; Redeker-v. Oertzen § 66 Rdn. 2
- 7) Eyermann-Fröhler § 66 Rdn. 11, 23; Redeker-v. Oertzen § 66 Rdn. 6; Martens a. a. O. S. 255 ff. m. w. N.
- 8) Eyermann-Fröhler § 66 Rdn. 13; Martens a. a. O. S. 255 f
- 9) Eyermann-Fröhler § 66 Rdn. 14, der jedoch die Rechtskraftwirkung auch auf die der "Entscheidung zugrunde liegenden Feststellungen u. rechtlichen Beurteilungen einschl. d. präjudiziellen Rechtsverhältnisse" ausdehnt; Klinger, § 121 Anm. D 2; Stahl a. a. O. S. 122 f m. w. N. ; zur Unterscheidung d. Rechtskraftwirkung bei einfachem u. notwendigem Beigeladenen vgl. Eyermann-Fröhler § 66 Rdn. 1; Stahl a. a. O. S. 128; Martens a. a. O. S. 359, 367
- 10) a. a. O. S. 128 ff; überzeugend sein Beisp. : A erhebt Klage auf Erlaß eines begünstigenden VA, der den D benachteiligen würde. D wird beige-laden, der Klage wird "stattgegeben". Nunmehr erhebt D Anfechtungsklage, der der Rechtskraft d. ersten Urteils nicht entgegensteht, weil die Streitgegenstände von Anfechtungs- u. Verpflichtungsklage verschieden

Beiladungswirkung notwendig ist, um der Bindungswirkung des § 121 VwGO zu genügen.

Die besondere Beiladungswirkung besteht darin, daß die rechtlichen Ansichten und tatsächlichen Feststellungen des Erstgerichtes für das Zweitgericht im Verfahren zwischen einem Hauptbeteiligten und dem vormals Beigeladenen bindend sind. <sup>1)</sup> Voraussetzung für die Beiladungswirkung ist, daß der Dritte die Möglichkeit hatte, rechtswirksame Prozeßhandlungen vorzunehmen, um so auf den Prozeß Einfluß auszuüben. <sup>2)</sup> Es muß ein formell wirksamer Beiladungsbeschluß vorgelegen haben sowie die allgemeinen Prozeßhandlungsvoraussetzungen (Partei- bzw. Prozeßfähigkeit). <sup>3)</sup> Auf die tatsächliche Einflußnahme oder auf die materielle Rechtswirksamkeit des Beiladungsbeschlusses kommt es dagegen nicht an <sup>4)</sup>, dagegen ist für die Beiladungswirkung jedoch zu beachten, daß der Beigeladene den Prozeß in der Lage des Verfahrens annehmen muß, in der er sich zur Zeit seiner Beiladung befindet. <sup>5)</sup> Dadurch kann er gehindert werden, bestimmte Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen, so daß der Beigeladene - im Gegensatz zur Interventionswirkung - sich in diesem Umfang auf die *exceptio male gesti processus* berufen können muß. <sup>6)</sup>

b) Unterbleibt die notwendige Beiladung, so kann das Urteil nach h. M. keine Wirkung haben. <sup>7)</sup> Das gilt insbesondere für den VAMdD, da Belastung und Begünstigung untrennbar zusammenhängen, die Gestaltungswirkung des Urteils aber nicht nur eine Seite des VA aufheben kann. Die Rechtskrafterstreckung auf den Dritten ist gerade Voraussetzung für den Eintritt der Urteilswirkung.

Fortsetzung der Fn. 10) von S. 24:

sind (vgl. Eyermann-Fröhler § 121 Rdn. 10 ff). Das Zweitgericht könnte also völlig anders entscheiden, ohne an die Feststellungen des ersten Urteils gebunden zu sein; wegen dieses - auch prozeßökonomisch - nicht zu vertretenden Ergebnisses müsse eine besondere Beiladungswirkung **bejaht** werden.

- 1) Stahl a. a. O. S. 131; i. Ergebnis auch Eyermann-Fröhler § 66 Rdn. 14 der dazu jedoch über eine Ausdehnung d. Begriffs d. Rechtskraft kommt; dagegen mit Recht Stahl a. a. O.
- 2) Stahl a. a. O. S. 132
- 3) Stahl a. a. O. S. 133 f; Eyermann-Fröhler § 66 Rdn. 14; Stein-Jonas § 68 Anm. 1; Blomeyer § 122 III 3; Rosenberg § 47 IV 6 für die Interventionswirkung gem. § 68 ZPO
- 4) Stahl a. a. O. ; Rosenberg a. a. O.
- 5) Eyermann-Fröhler § 66 Rdn. 8; Redeker-v. Oertzen § 66 Rdn. 4 m. w. N.
- 6) Eyermann-Fröhler § 66 Rdn. 15; Stahl a. a. O. S. 143
- 7) Redeker-v. Oertzen § 65 Rdn. 22; Eyermann-Fröhler § 65 Rdn. 39; Ule VwGO §§ 65, 66 Anm. III 2; Laubinger a. a. O. S. 122; Bachof MDR 50,

Demgegenüber vertreten Martens <sup>1)</sup>, Bichler <sup>2)</sup> und Stahl <sup>3)</sup> die Ansicht, das Urteil sei auch ohne die notwendige Beiladung im Verhältnis zwischen den Parteien wirksam. Zur Begründung weist Martens <sup>4)</sup> darauf hin, daß gegenüber dem Beizuladenden keine Rechtskraft eintrete, er die ihm gegenüber noch nicht vorhandene Vervollständigung der Rechtslage ungehindert nachholen könne durch Unterwerfung unter die bestimmte Rechtsfolge. <sup>5)</sup> Stahl <sup>6)</sup> begründet seine Ansicht damit, daß nicht § 121 VwGO, sondern § 113 VwGO die Gestaltungswirkung regelt. Bindung im Sinne des § 121 VwGO bedeute, daß das Urteil nicht abzuändern sei und setze seine Wirksamkeit bereits voraus.

Dieser Auffassung kann schon vom Ergebnis her nicht gefolgt werden. Wird das Urteil für wirksam gehalten, so bedeutet dies, daß der Streitgegenstand unter den materiell Beteiligten nicht noch einmal zum Gegenstand eines neuen Verfahrens gemacht werden darf. Dadurch würde sich für den notwendig Beizuladenden, wenn die Beiladung unterbleibt, ein ungünstigeres Ergebnis als für den tatsächlich Beigeladenen zeigen; denn dieser kann ja seine Rechte wahrnehmen. Zum anderen steht dem auch § 121 VwGO entgegen, denn die Unabänderlichkeit will diese Vorschrift nur für die tatsächlich Beteiligten. <sup>7)</sup> Der Ansicht von Martens steht auch entgegen, daß die Beiladung dem Dritten im Interesse einer geordneten Rechtspflege verliehen ist, auf die er nicht verzichten kann. <sup>8)</sup> Mit der herrschenden Meinung ist daher das Urteil bei fehlender notwendiger Beiladung unwirksam;

---

Fortsetzung der Fn. 7) von S. 25:

374; Kübler-Speidel V Rdn. 42; Fromm DVBL 66, 249; BVerwG Urt. v. 27. 3. 63 BVerwGE 16, 23(25); Urt. v. 17. 12. 1963 BVerwGE 17, 293 u. Urt. v. 10. 3. 1964 BVerwGE 18, 124(127) sowie Urt. v. 7. 6. 1968 BVerwGE 30, 27; vgl. aber die unterschiedliche Behandlung dieser Frage beim BSG dargestellt bei Wilde NJW 72, 1262 f.

- 1) a. a. O. S. 257
- 2) Diss. S. 195 f.
- 3) a. a. O. S. 146 f.
- 4) a. a. O. S. 257/258
- 5) Die Unterwerfung soll durch Rechtsmittelverzicht oder durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung (Verwaltungsvertrag) geschehen.  
Das Urteil ist danach nicht schlechthin unwirksam, sondern die Rechtskraft und Wirksamkeit hängt von dem künftigen Verhalten des nicht Beteiligten ab.
- 6) a. a. O. S. 147/148
- 7) Vgl. auch amtl. Begründung; Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode, Drucksache Nr. 55, S. 44 zu § 120
- 8) Bay VGH Urt. v. 19. 4. 1950 DÖV 50, 725; Bettermann DVBL 51, 73

sein Gegenstand kann unter den materiell Beteiligten erneut zulässigerweise zum Streitgegenstand gemacht werden. 1)

c) Die Kostenpflicht und den Kostenerstattungsanspruch des Beigeladenen regeln §§ 154 Abs. 3 und 162 Abs. 3 VwGO.

Da die Kostenverteilung nach Billigkeitsgesichtspunkten 2) erfolgt, ergeben sich hier Schwierigkeiten bei der Bemessung.

(1) Wird der Rechtsstreit durch eine Klagerücknahme beigelegt, so erscheint es grundsätzlich billig, dem klagenden Dritten die Kosten des Beigeladenen aufzuerlegen, da er sich durch die Klagerücknahme in die Position des Unterlegenen begeben hat. 3)

(2) Unterliegt der Kläger, so ist grds. davon auszugehen, daß er die Kosten des Beigeladenen zu tragen hat, unabhängig davon, ob das klageabweisende Urteil auf einer für das Urteil maßgebenden Antragsstellung des Beigeladenen beruht oder nicht 4), da der Beigeladene wegen des Kostenrisikos aus § 154 Abs. 3 VwGO nicht davon zurückgehalten werden kann, Anträge zu stellen.

(3) Gewinnt der Kläger dagegen den Prozeß, so ist es billig, dem Beigeladenen seine eigenen Kosten tragen zu lassen. Er ist letztlich unterlegen, da beim VAmD über die Interessengegensätze zwischen Adressaten und Dritten gestritten wurde.

#### IV. Klagebefugnis bei der Anfechtung von VAmD

##### 1. Begriff und Wesen des § 42 II VwGO

Nach § 42 Abs. 2 VwGO kann derjenige eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage erheben, der geltend macht, durch einen VA in seinen Rechten verletzt zu sein. Sinn dieser Vorschrift ist in erster Linie eine Popularklage auszuschlie-

1) Vgl. auch Eyermann-Fröhler § 65 Rdn. 39/41 u. die h. M.

2) eingehend VGH Kassel Beschl. v. 3. 11. 1969 VwRspr. 21, 887

3) VGH Bad-Württ. Beschl. v. 21. 1. 1969 - II 928/68 zitiert bei Kübler-Speidel V Rdn. 51

4) VGH Bad-Württ. Urt. v. 9. 9. 1968, BRS 20, 271; und Beschl. v. 23. 2. 1968 - III 751/67 u. Urt. v. 4. 7. 1968 - II 320/67 zitiert bei Kübler-Speidel V Rdn. 51 anders dagegen OVG Münster Beschl. v. 22. 4. 1963, DÖV 63, 850; differenzierend auch VGH Kassel Beschl. v. 3. 11. 1969 a. a. O.

Ben, so daß die Klage unzulässig ist, wenn eine derartige Rechtsverletzung nicht in Betracht kommen kann.

Die Frage, ob der Rechtssuchende wegen des geltend gemachten Anspruchs das Gericht anrufen darf, betrifft daher eine Zulässigkeitsvoraussetzung.<sup>1)</sup>

Ob das geltend gemachte Recht als ein dem Kläger zustehendes eigenes Recht besteht und im gegebenen Fall auch wirklich verletzt ist, gehört dagegen zur Frage der Begründetheit der Klage, also zum Bereich der Aktivlegitimation<sup>2)</sup>, (vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). Aus dem Zweck des § 42 II VwGO, die Popularklagen auszuschalten, läßt sich der Schluß ziehen, daß durch § 42 II VwGO eine spezielle Form des Rechtsschutzbedürfnisses aufgestellt werden sollte.<sup>3)</sup> Der Schwerpunkt der Zulässigkeitsprüfung zur Abwehr "querulatorischer Klagen"<sup>4)</sup> liegt eindeutig im Bereich des Rechtsschutzbedürfnisses. Die Vorschrift des § 42 II VwGO enthält daher keine Klagebefugnis<sup>5)</sup>, Prozeßführungsbefugnis<sup>6)</sup>, Anfechtungsbefugnis<sup>7)</sup> oder Aktivlegitimation<sup>8)</sup>, sondern eine Rechtsschutzbehauptung, die für die Bejahung des Rechtsschutzbedürfnisses erforderlich ist. Daraus ergibt sich zwangsläufig, daß es sich um eine Prozeßvoraussetzung besonderer Art für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage handelt, die zur Zulässigkeitsvoraussetzung gehört.<sup>9)</sup>

Diese Prozeßvoraussetzung in Form eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses enthält aber außerdem ein subjektives Element, welches durch den Begriff der Geltendmachung einer Rechtsverletzung deutlich gemacht wird. Dazu gehört der erkennbare Wille des Klägers, daß er die Tatsachen zu dem Zweck vorbringt, um seinem darin ausgewiesenen Recht Geltung zu verschaffen,<sup>10)</sup> Fehlt eine derarti-

- 
- 1) Vgl. Ule, Lehrbuch S. 131 ff m.w.N., zum ganzen Hoffmann Verw. Arch. 53 (1962), 310 ff; Lüke AöR 84 (1959), 196 ff; Bachof AöR 88 (1963), 425 ff; Redeker-v. Oertzen § 42 Rdn. 13 ff.
  - 2) Menger, Verw. Arch. 51 (1960), 262; Hoffmann a. a. O.; Lüke a. a. O. vgl. auch die Begründung zum 1. Regierungsentwurf d. § 41 VwGO I. WP Drucksache Nr. 4278 "Die Behauptung (der Rechtsverletzung: d. Verf.) kann nur im Sinne der Zulässigkeit verstanden werden. Ob der Kläger tatsächlich beschwert ist, gehört in die Frage der Begründetheit."
  - 3) Hoffmann Verw. Arch. Bd. 53 (1962), 297 (304 f); Kellner DÖV 63, 420
  - 4) Eyermann-Fröhler § 42 Rdn. 86 ff
  - 5) Maunz-Dürig Art. 19 Rdn. 38; Eyermann-Fröhler § 42 Rdn. 87
  - 6) Köhler § 42 An. C III
  - 7) Lüke AöR Bd. 84, 201
  - 8) dazu Ule VwGO § 42 An. II 2; Rosenberg § 46 I 2
  - 9) Hoffmann a. a. O. S. 305; Kellner a. a. O.
  - 10) Hoffmann a. a. O. S. 320

ge Intention, so macht er sich zum Sachwalter der Allgemeinheit und das spezielle Rechtsschutzbedürfnis des § 42 II VwGO liegt nicht vor.

## 2. Die Geltendmachung eigener Rechtsverletzung

Welche Tatsachen der Kläger vortragen muß, um eine eigene Rechtsverletzung geltend zu machen, ist umstritten. Es haben sich im Laufe der Zeit zwei Hauptmeinungen herausgebildet.

Die eine verlangt einen substantiierten, schlüssigen Vortrag der Rechtsbeeinträchtigung (Schlüssigkeitstheorie). <sup>1)</sup>

Die andere Auffassung läßt es ausreichen, wenn nach dem Vortrag des Klägers die Rechtsbeeinträchtigung möglich erscheint. (Möglichkeitstheorie) <sup>2)</sup>

Da der Tatbestand der Rechtsbeeinträchtigung zwei Merkmale umfaßt, die Interessenbeeinträchtigung und den rechtlich anerkannten Schutz dieser Interessen als einklagbares Recht, wird auch eine Differenzierung dieser Merkmale für die Geltendmachung der Rechtsverletzung für erforderlich gehalten. <sup>3)</sup> Danach muß die Interessenbeeinträchtigung tatsächlich feststehen, hingegen braucht die Zugehörigkeit dieser Interessen zum geschützten Rechtskreis des Klägers nur behauptet zu werden. Der "Schlüssigkeitstheorie" kann nicht gefolgt werden; für sie spricht zwar, daß sie die Absicht des § 42 Abs. 2 VwGO die Popularklage auszuschalten erreicht, dabei wird aber in Kauf genommen, daß sämtliche rechtlichen Erörterungen, soweit sie Bestehen und Umfang des klägerischen Rechts betreffen, bereits im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung vorgenommen werden.

- 
- 1) Hoffmann a. a. O. S. 325 f; Lüke a. a. O. (185 ff) S. 212, m. w. N.; Ule, Lehrbuch § 33; BVerwG Ur. v. 13. 1. 1961 BVerwGE 11, 331; Engelhardt JZ 61, 588; diese Schlüssigkeitsprüfung wird jedoch in einem anderen Sinn verstanden als im Zivilprozeß, da eine Prüfung, ob der VA rechtswidrig ist oder nicht, in diesem Zusammenhang nicht erfolgen kann (so aber OVG Berlin Ur. v. 21. 3. 59 OVG 6, 37 ff); die Schlüssigkeit daher begrenzt wird auf die Frage der Rechtsverletzung. Der Kläger braucht - im Gegensatz zum Zivilprozeß - nicht die Tatsachen vorzutragen, die seine Klage begründet erscheinen lassen. Vgl. auch Lüke Jus 61, 41 (44)
  - 2) Eyermann-Fröhler § 42 Rdn. 85; Schunck-de Clerck § 42 Anm. 2 e; Koehler § 42 C IV 1; Wolff III § 173 I b 4; Redeker-v. Oertzen § 42 Rdn. 14, 15; vgl. auch BVerwG Ur. v. 30. 10. 1963, JZ 64, 301; Ur. v. 28. 1. 1960 DVBL 60, 601; VGH Bad-Württ. Ur. v. 9. 3. 1970 NJW 70, 2178
  - 3) Bettermann, Klagebefugnis, S. 458 ff; einschränkend aber neuerdings in Beschwer, S. 21 ff Laubinger, a. a. O. S. 120

Dies zeigt besonders deutlich ein Beispiel von Ule <sup>1)</sup>, bei dem es um die Frage geht, ob ein Ermessensfehler der Behörde bei einer Entscheidung vorliegt. Ule prüft, entsprechend der von ihm vertretenen Schlüssigkeitsprüfung, unter der Zulässigkeit, ob - der Tatsachenvortrag des Klägers als richtig unterstellt -, ein Ermessensfehler vorliegt und Art. 3 GG verletzt wurde.

Auch das OVG Hamburg <sup>2)</sup> und das OVG Koblenz <sup>3)</sup> wiesen Nachbarklagen als unzulässig ab, weil es im betreffenden Landesrecht die mit der Klage als verletzt geltend gemachten Rechte nicht gebe.

Zwar lassen die Ausführungen in den Urteilen erkennen, daß die Anerkennung der als verletzt geltend gemachten Nachbarrechte als subjektive - öffentliche Rechte nicht möglich war, doch erscheint es gerade für den Kläger unbefriedigend, wenn sein an sich rechtlich erörterungswerter Klagevortrag als unzulässig abgewiesen wird, nur weil er im Ergebnis wegen einer ständigen Rechtsprechung unbegründet ist. <sup>4)</sup> Zum anderen gehört die Frage, ob die vom Kläger in Anspruch genommenen Rechte gerade auch ihm zustehen, vor allem bei dem VAMdD, häufig zur Kernfrage des gesamten Prozesses <sup>5)</sup>, werden diese Fragen aber bereits im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung erörtert, so kann man von einer "begrenzten Schlüssigkeitsprüfung" kaum noch sprechen.

Die Fragen, die bei der "begrenzten Schlüssigkeitsprüfung" angestellt werden, gehören nach Wortlaut und Sinn des § 113 VwGO gerade zur Begründetheit der Klage.

Der Begründung, die Lüke <sup>6)</sup>, der versucht hat, dies Erfordernis der Schlüssigkeit dogmatisch zu fundieren, für die Schlüssigkeitsforderung anführt, kann nicht gefolgt werden. Er hält die Rechtsbeeinträchtigung des Klägers nicht nur für ein Element des Klagegrundes, sondern zugleich für eine Zulässigkeitsvoraussetzung der Anfechtungsklage und stellt dann den Grundsatz auf, daß dort, wo die Zulässig-

---

1) Jus 61, 294

2) Urt. v. 9. 4. 1959 = DVBL 59, 822; ähnl. auch Urt. v. 13. 1. 1956 DVBL 56, 658

3) Urt. v. 20. 2. 1964 = AS 9, 155; Urt. v. 28. 4. 1954 BBauBl 54, 442 = AS 1, 396

4) Gerade in diesem Zusammenhang gilt die Mahnung Zeidlers Der Staat, 1 (1962), 331 ff (330), man solle die Zulässigkeitsprüfung nicht überdehnen, da die klagende Partei bei einem bloßen Prozeßurteil häufig das Gefühl habe, ihr sei ihr Recht lediglich aus rein formalen Gründen nicht gewährt worden.

5) BVerwG Urt. v. 24. 10. 1967 DVBL 68, 35 m. Anm. Schrödter = DÖV 67, 832, m. Anm. Schefold; kritisch Menger/Ericksen Verw. Arch. Bd. 59 (1968), 176

6) Lüke a. a. O.

keitsvoraussetzung mit der Erfolgsvoraussetzung zusammenfällt, für die Zulässigkeit die schlüssige Behauptung der Voraussetzung genüge.

Dieser These steht jedoch schon der Untersuchungsgrundsatz des Verwaltungsprozesses entgegen, der es dem Gericht untersagt, tatsächliche Behauptungen als wahr zu unterstellen. <sup>1)</sup>

Auch die Ansicht Bettermanns <sup>2)</sup> und Laubingers <sup>3)</sup> befriedigt nicht: hier wird zwar nur ein tatsächliches Bestehen der Interessenbeeinträchtigung, Bettermann nennt dies Beschwer, verlangt, die Zugehörigkeit dieses Interesses zum Rechtskreis des Klägers braucht dagegen nur behauptet zu werden, doch gehört auch die Beeinträchtigung des Klägers durch den VA bereits zur Anspruchsvoraussetzung. Der Beeinträchtigte hat gerade einen Anspruch auf Aufhebung dieses VA - (falls dieser rechtswidrig ist) -. Gerade dieser Anspruch wird mit der Anfechtungsklage geltend gemacht, und zwar ist dies ein Aufhebungsanspruch, der materiell-rechtlicher Natur ist, der von der formell-rechtlichen Ausgestaltung der Anfechtungsklage zu trennen ist. Daraus folgt, daß das Aufhebungsverlangen des nicht Beeinträchtigten unbegründet und nicht unzulässig ist, denn die gesamte Beeinträchtigung des Klägers in seinen Rechten gehört in vollem Umfange zu den Erfolgsaussichten der Klage und somit zum Klagegrund. Zu folgen ist der Möglichkeitstheorie, wobei aber einige Einschränkungen zu machen sind, die sich aus der Funktion der "Klagebefugnis" als Legitimationsvoraussetzung und damit Zulässigkeitsvoraussetzung ergeben.

Als Ausgangspunkt ist der Grundsatz zugrunde zu legen, daß § 42 Abs. 2 VwGO an die Verletzung materiell-rechtl. geschützter Rechtspositionen anknüpft. Diese Rechtsposition bildet die Basis, auf der der Anspruch des Klägers auf Aufhebung des angefochtenen VA entstehen kann.

Innerhalb der Zulässigkeitsprüfung, der Legitimation des Klägers, kann daher nur untersucht werden, ob eine geschützte Rechtsposition bestehen kann.

Wollte man hier bereits den aus ihrer Verletzung entspringenden Gestaltungsanspruch prüfen, so würde dazu ein Eingehen auf die Rechtswidrigkeit unvermeidlich sein, wodurch die Begründetheit der Klage innerhalb der Zulässigkeit vorweggenommen würde.

Folgende Voraussetzungen sind daher aufzustellen:

- 
- 1) vgl. dazu ausführlich Bettermann, Klagebefugnis a. a. O.
  - 2) Bettermann, Klagebefugnis S. 449 ff, vgl. aber neuerdings einschränkend in Beschwer, S. 21 ff
  - 3) Laubinger a. a. O. S. 119 f

a) Es muß zur Rechtfertigung des Klägers um Rechtsschutz genügen, innerhalb der Zulässigkeit zu prüfen, ob ihm der geltend gemachte Anspruch möglicherweise zustehen kann.

b) Dabei muß der Kläger sich auf eigene Rechte berufen, d. h., er darf nur die Verletzung einer solchen Rechtsstellung geltend machen, die gerade er verteidigen darf.

Der Kläger muß als der durch die geschützte Rechtsposition unmittelbar Begünstigte erscheinen, deren Verletzung er rügt.

c) Der Kläger muß darlegen, daß er durch den angefochtenen VA gerade in seinen rechtl. -geschützten Interessen beeinträchtigt wird. Dabei muß sich die Prüfung im Rahmen der Zulässigkeit darauf beschränken, ob eine dem Kläger als möglich zustehend angesehene Rechtsposition durch den VA nachteilig berührt ist.

Ist dies innerhalb der Legitimation festgestellt, so ist damit gewährleistet, daß der Kläger eigene Rechte verteidigt.

d) Der Kläger muß das angeblich verletzte Individualrecht bezeichnen. Zumindest muß sich aus dem Sinn der Klage ergeben, welche Bestimmungen bzw. welches Recht als verletzt gerügt werden soll.

Der Kläger muß seinen Tatsachenvortrag so gestalten, daß die Verletzung eines von ihm beschriebenen oder umschriebenen Individualrechts möglich erscheint, wobei falsche oder fehlende Rechtsausführungen unschädlich sind, solange der Vortrag nur Tatsachen enthält, aus denen sich der Schluß ziehen läßt, daß ihn der angefochtene VA, wenn er rechtswidrig wäre, in den aus dem Vortrag zu entnehmenden Rechten verletzen würde.<sup>1)</sup>

Dabei muß die Überzeugung des Klägers zum Ausdruck kommen, der VA verletzte ihn in seinen Rechten.

Man wird daher verlangen müssen, daß der Kläger seinen Vortrag soweit substantiiert, daß zum einen ein Recht als verletzt behauptet wird und die Verletzung dieses Rechts, welches der Kläger als Individualrecht geltend macht, möglich erscheint.

Ein besonderer Nachweis, wie ihn Laubinger<sup>1)</sup> verlangt, daß der VA seinen Interessen auch tatsächlich zuwiderläuft, ist dagegen nicht erforderlich, denn dieser Nachweis allein kann keine große Bedeutung innerhalb der objektiven Zulässigkeitsvoraussetzung haben, allenfalls als subjektive Voraussetzung, aus der der Wille des Klägers erkennbar wird, diese Tatsache zu dem Zweck vorzubringen, um seinen darin ausgewiesenen Rechten Geltung zu verschaffen.

---

1) Laubinger a. a. O. S. 120

Zum anderen würde eine Überprüfung dieses Vorliegens einer tatsächlichen "Beschwer" gerade wieder zu dem von Laubinger abgelehnten Ergebnis, nämlich einer weitgehenden Schlüssigkeitsprüfung im materiell-rechtlichen Raum führen, da die "Beschwer" zu den Erfolgsaussichten der Klage gehört.

### 3. Gesetzlich geregelte Klagebefugnis

§ 42 Abs. 2 VwGO postuliert die Legitimation des Klägers mit der Geltendmachung einer eigenen Rechtsverletzung durch den VA "soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist." Die Annahme erfordert ein Gesetz, welches auch vor Erlass der VwGO erlassen sein kann.<sup>1)</sup>

In diesem Fall kann auch ein durch den VA in seinen Individualrechten nicht belasteter Dritter den den Adressaten begünstigenden VA zu Fall bringen.

Da in diesen Fällen kein VAmD im Sinne der anfangs gegebenen Definition vorliegt, sollen die Möglichkeiten der gesetzlichen Legitimation zur Anfechtung von VA'en nur kurz erwähnt werden. Es handelt sich dabei insbesondere um das Recht besonderer Vertreter des öffentlichen Interesses oder von Verbänden, deren die Wahrung bestimmter Aufgaben übertragen wurde, diese auch mit gerichtlichen Mitteln durchzusetzen.

Derartige Ausnahmen sind u. a.:

- a) §§ 8 Abs. 4, 11 und 12 HandwO für die Handwerkskammern;<sup>2)</sup>
- b) §§ 322, 338 LAG für den Vertreter des Ausgleichsfonds<sup>3)</sup>, wobei aber zweifelhaft ist, ob hier nicht ein echter VAmD vorliegt, da die Vertreter des Ausgleichsfonds gem. § 322 LAG darüber wachen "daß über Mittel des Ausgleichsfonds nicht gesetzwidrig oder mißbräuchlich verfügt wird", sie also das spezielle Interesse des staatlichen Sondervermögens "Ausgleichsfond" wahren. Die Anfechtungsberechtigung besteht danach nur dann, wenn über diese Mittel verfügt wurde, und zwar in nicht gesetzlicher Form. In dieser Sachlage ist der Fonds-Vertreter nicht allein Wahrer des objektiven Rechts, der "die objektive Gerechtigkeit bei der Verteilung der Lastenausgleichsmittel zu wahren habe und deshalb nicht in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt werden kann"<sup>4)</sup>, er wahrt eben nicht die allgemeinen Interessen an der Gesetzmäßigkeit der Lastenausgleichsverwaltung, sondern ein ganz speziell gesetzlich geregeltes.

---

1) OVG Münster OVG E 12, 286;  
v. Oertzen DVBL 61, 652; Naumann DÖV 71, 378

2) BVerwG Urt. v. 17. 3. 1961 BVerwGE 12, 75

3) Grundlegend BVerwG Urt. v. 13. 6. 1955 BVerwGE 2, 147;  
Urt. v. 22. 10. 1958 BVerwGE 8, 84

4) so BVerwGE Urt. v. 13. 6. 1955 a. a. O.

- c) § 35 Abs. 2 WPflG für den Leiter der Wehrbezirksverwaltung <sup>1)</sup>;
- d) § 35 AuslG für den Bundesbeauftragten für Asylangelegenheiten
- e) gem. §§ 22, 43 Abs. 3 KgfEG für den Behördenleiter <sup>2)</sup>

In diesen Fällen können die Behörden (Verbände) jedoch nur dann die Anfechtungsklage erheben, wenn sie eine Rechtsverletzung geltend machen, lediglich auf die Geltendmachung der Verletzung eigener Rechte wird in diesen Fällen verzichtet.

### Zusammenfassung:

Die "Klagebefugnis" des § 42 Abs. 2 VwGO stellt eine besondere Rechtsschutzbehauptung dar, die für die Bejahung des Rechtsschutzbedürfnisses erforderlich ist, so daß es sich um eine Prozeßvoraussetzung besonderer Art handelt. Die Geltendmachung einer Verletzung eigener Rechte erfordert einen substantiierten Sachvortrag des Klägers, in dem ein Individualrecht als verletzt behauptet werden muß und sowohl die Zuordnung dieses Rechtes zur Rechtssphäre des Klägers sowie die Verletzung dieses Rechtes durch den VA möglich erscheint.

Dabei ist im Rahmen der Zulässigkeit lediglich zu prüfen, ob der Kläger durch die als verletzt geltend gemachte Rechtsposition unmittelbar geschützt sein kann und der Kläger durch den VA in dieser möglichen Rechtsposition nachteilig berührt ist.

Eine Schlüssigkeitsprüfung hat weder im Hinblick auf die behauptete Rechtsposition noch auf den Nachweis der tatsächlichen Beeinträchtigung dieser Rechtsposition zu erfolgen.

## V. Die materiell-rechtl. geschützte Rechtssphäre des Dritten

1. Entscheidendes Merkmal für den VAmD ist die Belastung des Dritten <sup>3)</sup> durch den an einen anderen adressierten VA. Es ist daher zunächst darauf einzu-

<sup>1)</sup> BVerwG Urt. v. 8. 8. 58 BVerwGE 7, 209

<sup>2)</sup> BVerwG Urt. v. 13. 1. 60 BVerwGE 9, 169

<sup>3)</sup> Das Merkmal der Begünstigung soll hier nicht näher untersucht werden, da sich daraus keine Besonderheiten für den VAmD ergeben. Begünstigung wird daher i. S. v. H. -J. Wolff verstanden: s. Lehrbuch I § 47 VI b "begünstigende VA sind diejenigen, die ein subj. Recht, eine Gestattung oder ei-

gehen, wann der Dritte eine Rechtsstellung besitzt, die durch diesen VA beeinträchtigt werden kann. Dabei kann man die Trennungslinie sehr weit ziehen, indem man jede tatsächliche Berührung einer Person als Belastung auffaßt <sup>1)</sup> oder sehr eng fassen, indem ein Hoheitsakt nur belastend wirkt, wenn er in subj. - öff. Rechte des Betroffenen eingreift. <sup>2)</sup>

Die Frage der Belastung wird allgemein in engem Zusammenhang mit der Anfechtbarkeit eines VA angesehen, da nach Art. 19 Abs. 4 GG und der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel, insbesondere § 42 II VwGO, nur derjenige einen VA gerichtlich angreifen kann, der durch ihn "in seinen Rechten verletzt" ist. Schon dieser Anhaltspunkt zeigt, daß die Frage nicht richtig gestellt ist, will man nicht in einem Zirkelschluß verfallen, indem man die Belastung aus der Anfechtbarkeit folgert, die Anfechtbarkeit aber nur aus dem materiellen Recht entstehen kann, nämlich dann, wenn eine rechtswidrige Belastung des Betroffenen vorliegt. <sup>3)</sup>

Richtig ist, daß der Betroffene den VA nur anfechten kann, wenn er durch den VA in seinen Rechten verletzt ist. Dazu ist aber erforderlich, daß zunächst der materiell geschützte Rechtskreis des Staatsbürgers abgegrenzt wird. Die Belastung ist daher primär ein Problem des materiellen Rechts. Erst aus dieser Belastung folgt als weitere Frage die der Anfechtbarkeit, zumal der Bereich der Anfechtungsberechtigten weiter ist als der der materiell Belasteten. <sup>4)</sup>

Fortsetzung der Fn. 3) von S. 34:

nen rechtl. erheb. Vorteil begründen od. bestätigen od. eine Belastung beseitigen. Da sie die rechtl. Freiheitssphäre des Betroffenen erweitern, bedürfen sie in der Regel nicht einer gesetzl. Ermächtigung. "

s. auch Laubinger S. 5 ff;

zum Begriff des begünstigenden VA BVerwG v. 3. 12. 1954 = BVerwGE 1, 247 u. v. 3. 11. 1955 = E 2, 290

- 1) Apelt, Verh. des 38. Jur. Tages, Diskussion, S. D 61 ff (63)
- 2) so Strickstroock Festschrift für Apelt S. 231 ff (232)
- 3) im Ergebnis auch Rupp Grundfragen S. 174, dazu auch Henke S. 2 ff; ähnl. auch Bachof, Gedächtnisschrift, S. 300, der aber gleichwohl in dem herkömmlichen System befangen bleibt, indem er eine universelle Klagebefugnis aus Art. 19 IV herleitet und daraus auf das Bestehen subjektiver Rechte schließt; a. a. O. S. 301 ff; dagegen scheinbar anders Vornahmeklage, S. 65, s. aber andererseits S. 85
- 4) Dies zeigen die Beispiele des § 35 Wehrpfl. G.; §§ 7 II, 8 III HandwO etc., bei denen eine Verletzung ihrer materiellen Rechte für die Anfechtungsbefugnis kraft ausdrücklicher Bestimmung nicht erforderlich ist.

Art. 19 Abs. 4 GG und die verwaltungsgerichtliche Generalklausel setzen nach allgemeiner Meinung für die Beschreibung des Rechtsweges gerade eine Verletzung von Rechten voraus. <sup>1)</sup>

Es ist daher unverständlich, wieso die h.M. die Frage der Belastung, die sich allein auf das materielle Rechte bezieht, mit der Frage der Anfechtbarkeit verbindet, (obwohl Art. 19 IV eine klare gegenteilige Aussage macht) bzw. den Begriff des Rechts von der Anfechtungsbefugnis her definiert. <sup>2)</sup>

Ausgangspunkt der Überlegung muß die Tatsache sein, daß nach der durch die Verfassung vorgegebenen Grundordnung, der Bürger keine unbeschränkten Freiheiten besitzt, sondern diese Freiheitssphäre durch die Verfassung selbst oder durch andere Normen im Interesse des Staates und des gedeihlichen Zusammenlebens der Bürger untereinander eingeschränkt ist. <sup>3)</sup>

Andererseits spricht sich das GG mit seiner demokratischen Grundordnung und dem Grundrechtskatalog für eine freiere Stellung des Staatsbürgers gegenüber der Staatsgewalt aus. Er ist nicht mehr nur Untertan, nicht mehr lediglich Objekt staatl. Handelns, sondern er wird als selbständiger, verantwortlicher Bürger anerkannt, dem Rechte und Pflichten gegenüber dem Staat zustehen. Die Beziehungen zwischen Bürger und Staat sind daher grundsätzlich als solche des Rechts aufzufassen und zu gestalten. <sup>4)</sup>

Aus dieser allgemeinen Wertung kann daher jede Beeinträchtigung der gesetzlich garantierten Freiheitssphäre durch einen Hoheitsakt als Belastung angesehen werden. Damit jedoch eine nur tatsächliche Belastung auch als eine rechtliche Belastung angesehen werden kann, muß als Zuordnungsobjekt eine konkrete, durch ein Gesetz geschützte Sphäre hinzukommen, das den Interessenkonflikt zwischen dem öffentlichen Wohl und der individuellen Freiheit zum Wohle einer höheren Einheit von Staat und Gesellschaft ausgleicht. <sup>5)</sup> Erst wenn in eine derartige Rechtssphäre eingegriffen wird, kann von einer Belastung im rechtlichen Sinne gesprochen werden.

---

1) so ausdrücklich Huber WVR Bd. 1 S. 686

2) Ganz deutl. Laubinger S. 14 "Es erscheint daher zweckmäßig, den Begriff der Belastung von dem der Anfechtbarkeit her zu definieren. Tut man das, so folgt daraus der Satz: Ein VA ist dann - und nur dann - belastender Natur, wenn er verwaltungsgerichtl. anfechtbar ist, s. auch Kemnade a. a. O. S. 31. " Durch die Einräumung der Klagemöglichkeit wird das geschützte Interesse zum subj. Recht; s. aber andererseits S. 24 unten

3) Unter dieser einschränkenden Klausel steht das umfassende Freiheitsrecht des Art. 2 GG

4) Rupp, Grundfragen S. 104 ff; Henke subj. R. S. 50

5) Rupp Grundfragen S. 104 ff; Henke subj. R. S. 50

2. Es fragt sich nun, was innerhalb dieser Sphäre rechtlich geschützt ist, sind dies nur bestimmte Rechte, darüber hinaus auch bestimmte Interessen oder sogar jede als individueller Nachteil empfundene Beeinträchtigung? Da Ausgangspunkt das Recht ist, kann festgestellt werden, daß es auf den Willen oder die Vorstellung der Betroffenen nicht ankommen kann, vielmehr muß die objektive Interessenlage entscheidend sein. <sup>1)</sup>

Während in Rechtssprechung und Literatur teilweise erklärt wird, nur ein Eingriff in subjektiv öffentliche Rechte bedeute eine Belastung für den Betroffenen <sup>2)</sup>, wird andererseits das Vorliegen "rechtlicher Interessen" <sup>3)</sup>, "von der Rechtsordnung geschützter Interessen" <sup>4)</sup> oder "die rechtlich geschützte Rechts- und Interessenssphäre" <sup>5)</sup> als ausreichend angesehen.

Ausgangspunkt soll hier die engste Auffassung sein, der Eingriff in subjektive öffentliche Rechte.

Die Frage nach dem Inhalt und der Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte gehört zu den umstrittensten des gesamten Verwaltungsrechts. <sup>6)</sup> Nach der Errichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit <sup>7)</sup>, insbesondere durch Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel, wurde der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts zur Abgrenzung der unerwünschten Popularklage verwandt. Hauptproblem war dabei die Abgrenzung der subjektiven öffentlichen Rechte von den nicht mit der Klage angreifbaren Rechtsreflexen. <sup>8)</sup>

Schon hier zeigte sich, daß der materiell-rechtliche Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts mit prozessualen Problemen belastet wurde.

1) a. A. wohl Hauelsen NJW 1960, 1497(1498), wohl auch Bernhardt JZ 63, 302; Theuerkauf DVBL 64, 386(387)

2) Kamm Jus 61, 146(147); Huber WirtschaftsVwR Bd. 1 S. 686; Friesenhahn DV 1949, S. 478 (482); Strickstock a. a. O. S. 232

3) OVG Lüneburg DÖV 64, 428

4) Koehler § 42 C IV 4; BVerwG v. 28. 1. 1959 DVBL 59, 396 (397); ähnl. auch Menger Verw. Arch. Bd. 50, 199 f; Bd. 51, 165 f u. auch schon System S. 118 f

5) Klinger § 42 C 3; Redeker-v. Oertzen § 42 Rdn. 83

6) eine umfassende Auseinandersetzung mit allen Meinungen kann hier nicht erfolgen, da sie den Rahmen der Arbeit sprengen würde. Es sollen daher nur die Grundzüge der bisherigen Rechtsprechung und Literatur aufgezeigt werden

7) zuerst im Großherzogtum Baden durch Gesetz vom 5. 10. 1863 über die Organisation der inneren Verwaltung

8) Jellinek, subj. öff. Rechte S. 67 ff; Bühler, sub. öff. Rechte S. 21, 48

Grundlegend zu diesem Thema war die Monographie von Ottmar Bühler <sup>1)</sup>, der drei Voraussetzungen für das Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechts aufstellte.

- 1) Vorliegen eines zwingenden Rechtssatzes, der die Verwaltung zu einem bestimmten Handeln, Dulden oder Unterlassen verpflichtet, der also das freie Ermessen der Verwaltung ausschließt;
- 2) die Zweckbestimmung dieses Rechtssatzes zum Schutze von Individualinteressen;
- 3) die Willens- bzw. Rechtsmacht, ein dem geschützten Individualinteresse entsprechendes Verhalten der Behörde erzwingen zu können.

Von diesen subjektiven öffentlichen Rechten waren die rechtlich geschützten Interessen zu unterscheiden, d. h. jedes Individualinteresse, dem eine Rechtsnorm - zumindestens auch neben den allgemeinen öffentlichen Interessen -, zu dienen bestimmt war. <sup>2)</sup>

Neben diesen beiden rechtlich geschützten Sphären standen die Reflexwirkungen des objektiven Rechts, sog. Rechtsreflexe, denen kein Forderungsrecht auf Seiten des Begünstigten gegen den Verpflichteten gegenüber <sup>3)</sup> bestand.

Diese Abgrenzung der subjektiven öffentlichen Rechte und der rechtlich geschützten Interessen unter dem Gesichtspunkt der dem einzelnen verliehenen Rechtsmacht zur Durchsetzung seiner Rechte war gerechtfertigt, solange eine allgemeine Norm nicht bestand, die dem Bürger die Durchsetzung seiner Rechte gegenüber dem Staat generell ermöglicht.

Mit der Schaffung der Generalklausel des Art. 19 IV GG und der Verwaltungsprozeßgesetze entstand eine neue Situation, die eine Überprüfung der bestehenden Rechtsauffassung erforderte.

Durch Art. 19 IV wurde dem Anspruchsberechtigten die hinter jeder materiellen Rechtsnorm stehende Rechtsschutznorm zur Verfügung gestellt. <sup>4)</sup> Das bedeute-

- 
- 1) Die subj. öff. Rechte u. ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung (1914)
  - 2) Bachof, Gedächtnisschrift S. 296 u. S. 287; Bühler subj. öff. R. S. 21
  - 3) Bachof, Gedächtnisschrift S. 288; derselbe - Klage S. 62  
Huber WvR I S. 683; Maunz-Dürig § 19 IV Rdn. 34
  - 4) Klein bezeichnet Art. 19 IV als das formelle Hauptgrundrecht VVd. St. 8 (1950) S. 67 (88)

te, daß für den Begriff der subj. öff. Rechte das Kriterium des Rechtsschutzes, welches sich in dem Erfordernis der Rechtsmacht ausdrückte, nicht mehr erforderlich war. Die für das subj. öff. Recht nötige Willensmachtverleihung wurde durch Art. 19 IV ausdrücklich anerkannt, d. h. mit jeder Norm, die - auch - dem Schutz von Individualinteressen dient, ist a priori die Rechtsmacht zur Durchsetzung dieser Interessen verbunden. <sup>1)</sup>

Damit wurde nun der Begriff des subj. öff. Rechts von prozessualen Kriterien entkleidet und auf seine eigentliche materiell-rechtliche Funktion zurückgeführt, zum anderen wurde eine Unterscheidung von subj. öff. Rechten (im früheren Sinne) und rechtlich geschützten Interessen hinfällig, denn Art. 19 IV gibt einen allgemeinen Rechtsschutz für Rechte, spricht dagegen ebensowenig wie die verwaltungsgerichtlichen Generalklauseln von subj. -öff. Rechten, sondern lediglich von Rechten.

Die Möglichkeit gerichtlicher Geltendmachung kann daher unter der Herrschaft der Generalklausel nicht mehr als ein Wesensmerkmal der subj. öff. Rechte bzw. als praktisch unentbehrliche Voraussetzung und eigentliche Begründung des Rechts angesehen werden, eine Definition darf dieses Merkmal nicht mehr enthalten.

a) Teilweise ist versucht worden, das subj. Recht des Dritten direkt aus Art. 19 Abs. 4 GG herzuleiten <sup>2)</sup>, und damit aus der Gesetzesabhängigkeit zu lösen. Danach sind die Voraussetzungen des subjektiv öffentlichen Rechts "allein nach der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzklausel" <sup>3)</sup> zu bestimmen. Subjektive Rechte sollen sich in der geltenden Verfassungsordnung nicht mehr aus der Auslegung der jeweiligen materiellen Rechtsnorm ergeben, sondern ausschließlich aus der tatsächlichen Auswirkung der öffentlich-rechtlichen Normen auf die individuellen Angelegenheiten des einzelnen. Voraussetzung des subjektiven öffentlichen Rechts ist - außer der Gesetzeswidrigkeit des Verhaltens der Verwaltung - nur, daß ein bestimmter Bürger "in seinen eigenen Angelegenheiten durch eben diese Gesetzeswidrigkeit betroffen wird." <sup>4)</sup>

Diese Auffassung steht jedoch in Gegensatz zu Art. 19 Abs. 4 GG, da der verfassungsrechtliche gewährte Rechtsschutz erst dann eingreift, wenn eine außer-

---

1) Bachof, Klage S. 34; derselbe, Gedächtnisschrift S. 287 (301) mit gewissen Einschränkungen; Maunz Dürig Art. 19 IV Rdn. 34

2) Bartlsperger Verw. Arch. 60 (1969), S. 35 ff (insbesondere S. 47 ff) Henke, das subj. öff. Recht (1968) S. 26 ff; 40 ff; insbes. S. 57-61; auch schon Bernhardt JZ 63, 302 ff, ähnl. auch Rupp, Grundfragen S. 247, 249

3) Bartlsperger a. a. O. S. 49; auch DVBL 69, 265 ff

4) Henke a. a. O. S. 60 ff

halb von Art. 19 Abs. 4 GG stehende Norm dem Betroffenen ein subjektives Recht einräumt. <sup>1)</sup>

Art. 19 Abs. 4 GG begründet nicht selbst materielle Rechte, sondern setzt die zu schützenden Rechte gerade voraus. Erst wenn ein bestimmtes Recht verletzt ist und diese Rechtsposition den Rechtsschutzsuchenden schützen soll, kann die Möglichkeit der Rechtsverteidigung aus Art. 19 Abs. 4 GG entnommen werden. Das BVerwG <sup>2)</sup> vertritt in ständiger Rechtsprechung die Meinung, daß Art. 19 Abs. 4 GG dem Dritten keine subjektiven Rechte vermittele.

b) Weiterhin erhebt sich bei der Auffassung von Bartlsperger und Henke die Frage, was unter dem Begriff "eigene Angelegenheiten" zu fassen ist. Wenn Henke erklärt <sup>3)</sup>, daß in den eigenen Angelegenheiten das subjektive Recht schon latent sei, und daß immer dann, wenn die Verwaltung zu diesen Angelegenheiten ein Gesetz verletze, das sie betrifft, sie auch subjektive Rechte des Betroffenen verletze, einerlei, ob das vom Gesetzgeber beabsichtigt war oder nicht, so liefe dies einmal auf eine *petitio principii* hinaus, die gerade durch Art. 19 Abs. 4 GG vermieden werden soll, zum anderen muß sich auch der Umfang der jeweiligen betroffenen eigenen Angelegenheiten auch wieder aus der jeweils durch die Verwaltung verletzten materiellen Rechtsnorm ergeben. Ob z. B. die Errichtung eines Bauwerks in Bauwich eine eigene Angelegenheit des Nachbarn betrifft, läßt sich nicht allein aus der objektiven Gegebenheit und den tatsächlichen Auswirkungen bestimmen, sondern bedarf der Konkretisierung in dem jeweiligen Rechtssatz. Erst das Gesetz selbst kann die Qualifizierung als "eigene Angelegenheiten" bewirken. <sup>4)</sup> Damit hat auch Henke das subjektive öffentliche Recht nicht vom Willen des Gesetzgebers unabhängig gemacht, sondern durch den Begriff eigenen Angelegenheit führt er die Wirkung des Gesetzgebers wieder ein, da auch Henke die Popularklage ausschließen will. Der Rückgriff auf Art. 19 Abs. 4 GG kann die Notwendigkeit, subjektive-öffentliche

---

1) BVerwG Urt. v. 12. 1. 1968, BRS 20, 241 (242) s. auch Maunz-Dürig-Herzog Rdn. 11, 34, 35 zu Art. 19 Abs. 4, BVerwG Urt. v. 18. 8. 1960 - BVerwGE 11, 95. Die Behauptung von Fromm DVBL 68, 662 f das Urt. des BVerwG v. 5. 10. 1965 - BVerwGE 22, 129 (130 f) weiche von dieser Linie ab, trifft nicht zu, da das Urteil ausdrückl. subj. Rechte voraussetzt, bei deren Verletzung nach Art. 19 Abs. 4 GG Rechtsschutz zu gewähren ist.

2) BVerwG Urt. v. 14. 6. 1968 - BRS 20, S. 260 ff  
 ähnl. OVG Münster Urt. v. 27. 3. 1968 - DVBL 68, 660 (662) so auch das BVerfG insbes. Beschl. v. 5. 2. 1963 = BVerfGE 15, 275 (281)

3) Henke a. a. O. S. 61

4) so auch Hoppe DVBL 69, 246 ff; Rupp, Grundlagen, S. 223

Rechte des Dritten konkret aus der jeweiligen gesetzgeberischen EntschlieÙung ableiten zu müssen, nicht beseitigen. <sup>1)</sup>

c) Richtig erscheint dagegen der Ansatzpunkt der Auffassung von Henke und Bartlsperger. Es kann dem Gesetzgeber aufgrund des in der Verfassung niedergelegten Verhältnisses von Staat und Bürger nicht freistehen, bestimmte Individualinteressen für schutzwürdig zu erklären und andere nicht, da die praktische Konsequenz dieser herkömmlichen Auffassung gerade für die VAmD zu unhaltbaren Ergebnissen führt.

Baut der Bauherr z. B. ohne Baugenehmigung und unter Verletzung von "nachbarschützenden" Normen, so steht dem Nachbarn kein Abwehranspruch zu, sondern lediglich ein Verpflichtungsanspruch gegenüber der Behörde, obwohl in seine Rechte eingegriffen wird.

Dies gleiche Ergebnis zeigt sich im Falle der gewerberechtlichen Nachbarklage für die Genehmigung gem. § 16 Gew. O. <sup>2)</sup>, für die öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage im Bereich des Berufszulassungsrechts <sup>3)</sup>, wie auch im Recht des öffentlich-rechtlichen Kündigungsschutzes. <sup>4)</sup>

Nimmt ein Bürger eine Rechtsstellung für sich in Anspruch, für die er einer Genehmigung bedarf und wird ein Dritter dadurch in seinen Rechten beeinträchtigt, so steht ihm nach der herkömmlichen Konzeption kein Abwehranspruch zu, sondern lediglich ein Verpflichtungsanspruch gegenüber der Verwaltung. Erhält der Bürger dagegen die erforderliche Genehmigung, so wäre der Dritte immer nur deshalb faktisch geschützt, weil die Norm, die zu seinem Schutze führt, eben zufällig existiert, weil an ihrer Schaffung ein öffentliches Interesse bestand, das neben dem Schutz von öffentlichen auch den von Individualinteressen bezweckte. <sup>5)</sup>

Das würde bedeuten, daß die einzelnen Normen nicht mehr Ausfluß der verfassungsmäßigen Rechte des einzelnen gegenüber dem Staat wären, sondern der Schutz der Individualinteressen wegen der öffentlichen Interessen und staatlicher Notwendigkeit geschaffen worden ist. Das in der Verfassung niedergelegte Verhältnis von Staat und Individuum wäre damit auf den Kopf gestellt. Die Fra-

1) Friauf Juristische Analysen (öff. Recht) 1969 (Heft 2) 3 ff (12)

2) s. dazu insbes. Schulte, Eigentum, § 7 S. 148 ff

3) Friauf, Jur. Analysen 1970 (ÖR) S. 59 ff; BVerwG Urt. v. 17. 1. 1969 DVBL 71, 185 ff

4) Schröcker Der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz, S. 115 ff

5) so auch Schulte, Eigentum, § 9 III S. 203;

ähn1. Rüfner DVBL 63, 609 ff, 612.

ge nach der Bestimmung der geschützten Individualinteressen darf daher nicht allein lauten: liegt ein vom Gesetzgeber gewollter Schutz von Individualinteressen vor, sondern als weiteres ist zu fragen: mußte der Gesetzgeber auf Grund der vorgegebenen Verfassungsgarantien in der bestimmten Norm die Individualinteressen der einzelnen schützen?

Ist dies aufgrund der verfassungsrechtlichen Auslegung der Norm zu bejahen, so wird damit kraft des Art. 19 Abs. 4 GG dem durch die Norm Geschützten auch die Rechtsmacht zur Durchsetzung dieses geschützten Individualinteresse gewährt. Auch dies folgt aus der verfassungsrechtlichen Stellung des Bürgers im Rechtsstaat. Das Individuum hat auch die Aufgabe, die Verwaltung zu kontrollieren, dies ist ihm aber nur möglich, wenn es durch die Anrufung unabhängiger Gerichte dafür sorgen kann, daß ihm der in einer Norm geschaffene Schutz gegen Einbrüche in seine Rechtsstellung gegenüber der Verwaltung auch gewährt wird. <sup>1)</sup>

Daher haben unter dem Einfluß des Grundgesetzes alle rechtlich geschützten Interessen den Charakter von subjektiven Rechten erhalten. Weiterhin sind auch sog. Reflexwirkungen, die wegen der verfassungskonformen Auslegung der Norm einen Schutz von Individualinteressen bezwecken müssen, in den Kreis der subj. Rechte erhoben worden, da der gesetzlich nominierte Schutz von Individualinteressen auch die Rechtsmacht zur Durchsetzung dieser Interessen beinhaltet. <sup>2)</sup> Denn die durch Art. 19 Abs. 4 GG geschaffene Möglichkeit, ein Interesse gerichtlich durchzusehen, ist die stärkste Form einer Rechtsmacht, die dem Träger eines Interesses verliehen werden kann.

Voraussetzungen für das Vorliegen eines subj. -öff. Rechts sind demnach:

- 1) Das Vorliegen eines zwingenden Rechtssatzes, der die Verwaltung zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet.
- 2) Die Zweckbestimmung dieses Rechtssatzes zum Schutz von Individualinteressen, wobei diese Zweckbestimmung:

- 
- 1) Friauf, Jur. Analysen (öff. Recht) 1969, S. 3 ff (12) vgl. auch Bachof VVDStRL Bd. 12, 73 ff; derselbe mit gewissen Einschränkungen, Gedächtnisschrift, insbesondere S. 299 ff.
  - 2) Vgl. auch Kemnade a. a. O. S. 32; BVerfG Beschl. v. 5. 2. 63, DVBL 63, 362, Rupp, Grundfragen, S. 246; daher ist auch die Meinung derer abzulehnen, die im Interesse eines lückenlosen Rechtsschutzes auch alle Reflexrechte in den Kreis der klagbaren Rechte einbeziehen wollen, z. B. Loening SJZ 1950, 260 f; ursprünglich auch Klein VVDStRL Bd. 8, 67 ff (115) und Forsthoff, Vw-Recht, 5. Aufl., S. 161; die aber diese Auffassung inzwischen aufgegeben haben, vgl. Forsthoff, VwRecht, 8. Auflage S. 176; v. Mangoldt-Klein, Art. 19 Anm. VII, 3 e

- a) eine vom Gesetzgeber gewollte sein kann,
- b) mit Rücksicht auf die verfassungsmäßigen Rechte des Individuums der Gesetzgeber die Individualinteressen zwingend schützen mußte. <sup>1)</sup>

Ein Dritter wird demnach durch einen VA belastet, wenn der an einen anderen adressierte VA den Dritten in seinen, durch Gesetz geschützten, Rechten beeinträchtigt.

Unabhängig von der jeweiligen Verfahrensart ist daher zunächst zu fragen, ob der VA den rechtsschutzsuchenden Dritten in einer ihm zustehenden subj. Rechtsposition berührt. Diese subj. Rechtsposition kann sich allein aus dem jeweiligen materiellen Recht ergeben.

### 3. Kriterien zur Feststellung der Schutzrichtung einer Norm:

Bisher wurde dargelegt, welche allgemeinen Voraussetzungen vorliegen müssen, damit der Dritte durch den an einen anderen gerichteten VA belastet wird. Als Ergebnis bleibt danach festzuhalten, daß eine Belastung nur dann gegeben ist, wenn von einer den Dritten subj. schützenden Rechtsnorm abgewichen wurde.

Die vorher aufgestellten allgemeinen Kriterien bedürfen jedoch der Konkretisierung im Einzelfall. Da eine Klage des Dritten nur dann erfolgreich sein wird, wenn er nachweist, daß die verletzte Vorschrift - zumindest auch - seine Individualinteressen schützen wollte, soll versucht werden, allgemeine Abgrenzungskriterien dafür zu finden, wann eine Rechtsnorm diese Intention hat.

Ausgangspunkt muß dabei der Wortlaut des Gesetzes sein, in dem sich der Wille des Gesetzgebers manifestiert. <sup>2)</sup> Daher können die Entstehungsgeschichte der betreffenden Norm und die Materie des Gesetzgebers sowie die Begründung des Gesetzes als Auslegungshilfe dienlich sein. <sup>3)</sup>

Letztlich entscheidend kann jedoch der Wille des Gesetzgebers nicht sein <sup>4)</sup>, da es bei der Beurteilung der Schutzrichtung auf die gegenwärtige Interessenwertung

- 
- 1) die hier vertretene Auffassung weicht daher in diesem letzten Punkt von der h. M. ab, indem es dem Gesetzgeber nicht grundsätzlich freisteht, Individualinteressen zu schützen. Die vorliegende Auffassung geht dagegen nicht so weit wie das von Bartlsperger und Henke vertretene Konzept.
  - 2) Sellmann DVBL 63, 273(279); Meyer DWW 62, 133(134); Fromm Verw. Arch. 56, 26f(57); Laubinger a. a. O. S. 44 ff, Kemnade a. a. O. S. 35 ff
  - 3) Glaser-Dröschel a. a. O. S. 244
  - 4) zu einseitig auf den Willen des Gesetzgebers stellt Sellmann DVBL 63, 279 und 283 f ab, das andere Extrem vertritt Henke a. a. O. S. 60 f, die hier vertretene Auffassung verbindet beide Elemente.

ankommt und nicht auf diejenige zur Zeit ihres Erlasses <sup>1)</sup>, zum anderen sich die Schutzrichtung aus der verfassungsmäßigen Stellung des einzelnen zwingend ergeben kann, ohne Rücksicht darauf, ob der Gesetzgeber dies gewollt hat oder nicht. Als Anhaltspunkte zur Ermittlung der Schutzrichtung der Norm bleiben daher in der Regel nur die durch die Norm erfaßte Interessenlage, der Sinn und Zweck der Vorschrift, sowie seine Stellung im Gesetz und in der Gesamtrechtsordnung. <sup>2)</sup> Da es nicht Aufgabe einer auf die Rechtsschutzproblematik ausgerichteten Darstellung sein kann, auf Fragen des materiellen Rechts im einzelnen einzugehen, sollen hier nur Gründe, die für die Anerkennung subjektiver Rechte sprechen, aufgeführt werden, die für sämtliche Gesetze Gültigkeit haben.

a) Ausgangspunkt der Feststellung subjektiver öffentlicher Rechte muß die Tatsache sein, daß das Grundgesetz sich zum Rechtsstaat bekannt hat. Dieses Bekenntnis gebietet die Beziehungen zwischen Einzelpersonen und dem Staat grds. als solche des Rechts aufzufassen und auszugestalten <sup>3)</sup>, so daß in Anwendung dieser verfassungsrechtlichen Grundentscheidung davon auszugehen ist, daß der Gesetzgeber gewichtige Interessen schützen wollte oder mußte, so daß alle objektiv-rechtlich gewollten Begünstigungen des Bürgers im Verhältnis zum Staat grds. subjektive Rechte sind. <sup>4)</sup>

Diese generelle Auslegungsregel bedarf jedoch gerade bei den VAmD der Einschränkung, da es hier nicht allein um die Abgrenzung des Interessenkreises des Bürgers gegenüber den Befugnissen des Staates geht, sondern darüberhinaus die rechtlich geschützten Interessen des Dritten von denen des durch den VA Begünstigten abzugrenzen sind. Es ist daher auch die Stellung des Dritten im

- 
- 1) Bachof Gedächtnisschrift S. 297; derselbe Klage S. 73; Evers Jus 62, 89; BVerwG Urt. v. 14. 7. 1959 = NJW 59, 2325; Martens Jus 62, 250; Demme DVBL 67, 758 dies zeigt sich deutlich bei der Bestimmung der nachbarschützenden Wirkung von Baurechtsnormen, zutreffend OVG Lüneburg Urt. v. 28. 8. 1959 = BRS 9, 84; Rübner DVBL 63, 609 f
  - 2) Bartlsperger Verw. Arch. 1969, 48 m. w. N.; dagegen verlangt das OVG Hamburg eine klare Aussage des Gesetzgebers, daß die betreffende Norm auch Individualinteressen schützen soll. Beschl. v. 11. 8. 1966 = BRS 17, 217; Urt. v. 9. 4. 1959 = DVBL 59, 822
  - 3) Maunz-Dürig Art. 19 IV Rdn. 36; Bartlsperger Verw. Arch. 1969, 48 ff; Bachof Gedächtnisschrift S. 287.
  - 4) Bachof a. a. O., derselbe DVBL 61, 128 (130) f; Rupp Grundfragen S. 246; BVerwG Beschl. v. 5. 2. 1963 a. a. O.

Verhältnis zur Stellung des Begünstigten in dem jeweils anzuwendenden Gesetz zu berücksichtigen. <sup>1)</sup>

b) Besondere Bedeutung erlangt daher bei der Auslegung die Wertung des Gesetzgebers im Katalog der Grundrechte.

Da es im Rahmen der VAmDD in weitem Umfange auch um den Ausgleich mehrerer Individualinteressen geht <sup>2)</sup>, haben die Verwaltungsbehörden insbesondere den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 GG zu beachten und bei der Auslegung der Gesetze zu berücksichtigen. <sup>3)</sup> Weiterhin ist das materielle Hauptgrundrecht des Art. 2 GG zu berücksichtigen, welches zum einen die Freiheit des Menschen vom Staat, zum anderen von dem Mitmenschen hervorhebt. Diese Freiheitssphäre kann zwar im Interesse eines gedeihlichen Zusammenlebens eingeschränkt werden, doch folgt daraus auch, daß eine Einschränkung oder Beschränkung nur im Interesse der Ordnung der Gemeinschaft erfolgen soll, so daß von einem Gesetz, das diese Freiheit im Interesse der Gemeinschaft einschränkt, gleichzeitig auch ein Schutz der individuellen Freiheitssphäre zu erwarten ist.

c) Als Indiz für das Vorhandensein einer dem subjektiven Recht entsprechenden Individualschutzrichtung kann die formelle Beteiligung des Dritten an einem Genehmigungsverfahren angesehen werden. Ebenso die Befugnis, formell Einwendungen gegen den zu erlassenden VA vorzubringen. <sup>4)</sup>

Wenn Dürig <sup>5)</sup> die Beteiligung des Dritten an einem Genehmigungsverfahren nicht nur als ein "praktisches Indiz", sondern darüberhinaus als eine "kaum widerlegbare Vermutung" für das Vorhandensein einer materiell geschützten Rechtsposition auffaßt, so geht diese Meinung zu weit, da dabei unberücksichtigt bleibt, welchen Rang im einzelnen die Beteiligungsvorschrift genießt. Voraus-

---

1) darauf hat das BVerwG richtig hingewiesen, vgl.

Urt. v. 14. 6. 1968 = DVBL 69, 282 = NJW 69, 2393;

Urt. v. 28. 4. 1967 = DVBL 68, 30 = NJW 67, 1770

2) z. B. die widerstreitenden Interessen zwischen Bauherrn u. Nachbar im Baurecht oder zwischen zwei Gewerbetreibenden im Subventions- u. Gewerberecht

3) für das Baurecht s. Urt. d. BVerwG v. 14. 5. 1968 = a. a. O. ähnl Thierfelder DÖV 67, 302

4) OVG Koblenz Beschl. v. 28. 4. 54 = BRS 4, 176; Wolff I G 43 I b; Dörffler NJW 63, 14; Laubinger a. a. O. S. 57; a. A. OVG Hamburg Urt. v. 9. 4. 1959 = DVBL 59, 822

5) Maunz-Dürig-Herzog Art. 19 IV Rdn. 34; ähnl. auch Eyermann-Fröhler G 42 Rdn. 98

setzung ist, daß die Verfahrensnorm nicht lediglich eine reine Ordnungsvorschrift darstellt, sondern daß der Dritte durch die Norm einen eigenen Rechtsanspruch auf ihre Beachtung gegenüber der Verwaltung besitzt. <sup>1)</sup>

Man wird daher in der verfahrensrechtlichen Beteiligung ein gewisses Indiz für das Vorliegen einer rechtlich geschützten Position zu sehen haben, da der Gesetzgeber mit seinem Gebot, den Dritten am Verfahren zu beteiligen, zu erkennen gibt, daß ihm an der Wahrung der Belange des Dritten gelegen ist. <sup>2)</sup>

Zu berücksichtigen ist aber die Tatsache, daß die Verfahrensvorschrift als solche allenfalls ein der Durchsetzung einer materiellen Rechtsposition dienendes formelles subjektives öffentliches Recht begründen kann, dagegen keine materielle Rechtsposition. <sup>3)</sup>

d) Schließlich ist die Stellung des Dritten und des Begünstigten innerhalb des betreffenden Gesetzes für die Auslegung entscheidend, wobei insbesondere die grundgesetzlich geschützte Rechtssphäre des Einzelnen zu berücksichtigen ist.

So kann z. B. im Baurecht der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG auch bei der Feststellung der Schutzrichtung der einzelnen Norm entscheidende Bedeutung zukommen. <sup>4)</sup>

---

1) BVerwG Urt. v. 6. 12. 1967: DVBL 68, 651 = DÖV 68, 322; Simon BayVBL 67, 227; Bartlsperger DVBL 70, 33 f mwN

2) ähnl. auch OVG Koblenz Urt. v. 8. 1. 1959 = DVBL 59, 826 u. Urt. v. 14. 5. 1959 = M DR 60, 170; zustimmend auch Menger Verw. Arch. Bd. 51 (1960), 269 u. Bd. 55 (1964), 83 f; Dörffler NJW 63, 14; Fromm Verw. Arch. Bd. 56 (1956) 26 ff (33, 58); Bender-Dohle, Nachbarschutz, Rdn. 28 f m. w. N. Kemnade a. a. O. S. 37 f (40); unklar dagegen Hauelsen NJW 64, 2037 (Fußn. 7); aus dem Fehlen einer Verfahrensbeteiligung läßt sich dagegen nicht das Indiz entnehmen, daß der Gesetzgeber die Interessen des Dritten nicht für schutzwürdig hält. Die gegenteilige Ansicht vertritt Bettermann NJW 61, 1097 (1099) im Anschluß an das Urt. d. BVerwG v. 31. 1. 1958 = BVerwGE 6, 167 ff (171), doch betont diese Auffassung die Entscheidung des Gesetzgebers zu sehr. Der Wille d. Gesetzgebers ist **nicht** allein entscheidend, da sich z. B. unter Berücksichtigung der Verfassungsprinzipien eine vom Willen des Gesetzgebers abweichende Auslegung ergeben kann, so auch Kemnade a. a. O. S. 40, im Ergebnis auch Scheerbarth DVBL 1963, 286 ff (288)

3) Kübler-Speidel a. a. O. IV Rdn. 3, 9, 84 ff; Kemnade a. a. O. S. 39

4) Vgl. im einzelnen Kübler-Speidel a. a. O. I Rdn. 18 ff; m. w. N. auch Evers Jus 62, 89 f; auch Müller NJW 71, 81 f, Fraiauf Jur. Analysen a. a. O. S. 9;

a. A. dagegen Kemnade a. a. O. S. 36; Schickedanz NJW 71, 913 ff

Da durch die baurechtlichen Vorschriften das Eigentum beschränkt wird und diese Beschränkung durch eine entsprechende Beschränkung des benachbarten Eigentümers teilweise ausgeglichen wird, ergibt die Schutzfunktion des Art. 14 GG, daß derjenige Rechtssatz des Baurechts, der einer Mehrzahl von Eigentümern Beschränkung auferlegt, die zugleich dem Interesse dieser Eigentümer als Nachbarn dienen, auch diesen Interessen zu dienen bestimmt ist.<sup>1)</sup> Oder anders ausgedrückt: Die Normen des öffentlichen Baurechts bestimmen den Inhalt des Eigentums näher, da gerade die Regelung der Nutzung des Grund und Bodens die entscheidende Funktion des Inhalts des Eigentums für den Eigentümer darstellt.

Die Regelung der Nutzung bestimmt somit den Rahmen der Gewährleistung - die Institutsgarantie des Art. 14 GG -, also den Inhalt des Eigentums. Folglich ergibt sich aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG, daß der Gesetzgeber die nachbarschützende Wirkung der Normen des öffentlichen Baurechts wollen muß; d. h. diese Normen sind verfassungsgemäß nur dahin auszulegen, daß sie den Schutz des Nachbarn wollen, da sie den Inhalt des Eigentums auch im Verhältnis zwischen den Nachbarn bestimmen.

Im Bereich des Gewerberechts sind die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsätze der Gewerbefreiheit<sup>2)</sup> und Wettbewerbsfreiheit, die sich aus Art. 2, 12, 14 GG ergeben, zu berücksichtigen, sowie im Bereich des Subventionsrechtes Art. 12 und 3 GG<sup>3)</sup>, so daß sich mit Rücksicht auf diese verfassungsmäßigen Garantien eine Zweckbestimmung zum Schutz von Individualinteressen zwingend ergeben kann, auch wenn der Gesetzgeber dies nicht gewollt hat. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang auch die Entwicklung der Rechtssprechung des BVerwG, die die rechtlich geschützten Interessen unmittelbar aus den grundgesetzlich verliehenen Rechtspositionen entnimmt.<sup>3a)</sup>

Ob die im Einzelfall anwendbare Norm dem Dritten eine subjektive Rechtsposition gewährt, kann grundsätzlich nur aus der Norm selbst ermittelt werden<sup>4)</sup>,

1) ähnl. auch Brohm a. a. O. S. 98

2) dazu näher Reuß i. Vw-Gesetze d. Bundes u. d. Länder v. Brauchitsch/Ule Bd. VIII 1. Halbbd. S. 23 ff; Maunz-Dürig Art. 2 Abs. 1 Rdn. 48 f; Art. 12 Rdn. 1 f; 31; Huber DÖV 56, 137

3) dazu Friauf Anm. zum Ur. d. BVerwG v. 30. 8. 1968 = BVerwGE 30, 191 in DVBL 69, 368 ff (371 f), ebenso Scholz NJW 69, 1044

3a) dazu im einzelnen VI.

4) schon OVG Lüneburg Ur. v. 6. 10. 1960 : DVBL 61, 55 BVerwG Ur. v. 28. 4. 1967 = BVerwGE 27, 29 (31) = DVBL 68, 30 f; u. Ur. v. 6. 10. 1967 = BVerwGE 28, 33 (34) = DVBL 68, 29; ausdrücklich Ur. v. 24. 10. 1967 = DVBL 68 35 f = BVerwGE 28, 131 (138 f) Kemnade a. a. O. S. 35 f; Laubinger a. a. O. S. 58; Fromm Verw. Arch. Bd. 56 (1965), 26 (43)

wobei die Auslegung auch jeweils den Besonderheiten des einzelnen Rechtsgebietes Rechnung tragen muß. <sup>1)</sup>

## VI. Einzelfälle der gesetzlich geschützten Rechtssphäre des Dritten

Wie vorher festgestellt, muß jede einzelne Bestimmung daraufhin untersucht werden, ob sie dem Dritten eine subjektive Rechtsposition gewährt.

Im folgenden soll am Beispiel einzelner VAmD die Richtigkeit der aufgestellten Thesen nachgewiesen werden.

### 1. VAmD im Baurecht

Das Hauptanwendungsgebiet der VAmD liegt eindeutig im Baurecht. Am Beispiel der Nachbarklage wurde die Problematik der VAmD zuerst erkannt <sup>2)</sup> und die verschiedenen Möglichkeiten des Rechtsschutzes erörtert: <sup>3)</sup> In diesem Bereich treffen die unterschiedlichen Interessen des Bauherrn und des Nachbarn naturgemäß besonders häufig und deutlich aufeinander. Während der Bauherr bestrebt ist, eine Erweiterung seiner Baufreiheit zu erlangen, ist der Nachbar gerade an der Einhaltung der für ihn günstigen Vorschriften interessiert.

Während das preußische OVG eine grundsätzlich ablehnende Haltung zur Nachbarklage einnahm. vor allem deshalb, weil die Nachbarklagen in Preußen wegen des Enumerationsprinzips unzulässig waren, außerdem, weil die baupolizeilichen Vorschriften nicht den Nachbarn, sondern allein die Allgemeinheit schützen sollten <sup>4)</sup>, wird die Nachbarklage heute von den Verwaltungsgerichten grund-

1) BVerwG Urt. v. 28. 4. 1967 a. a. O. und Urt. v. 24. 10. 1967 a. a. O. auch OVG Lüneburg Urt. v. 22. 3. 1962 = OVGE 18, 341 ff.

2) so schon das Pr. OVG in einem Urteil v. 31. 4. 1877 = E 2, 351 (354)

3) vgl. dazu insbesondere die Monographien von Kemnade, der Rechtsschutz des Nachbarn im Baurecht, Göttingen 1965 und Laubinger, der VA mit Doppelwirkung, Göttingen 1967, die auch die Entwicklung der älteren Rechtssprechung ausführlich dargestellt haben.

4) s. PrOVG a. a. O. weiter Bd. 14, 378 ff; Bd. 61, 175 ff  
Pr. VwBl. Bd. 15 (1893/94), 50 f; Bd. 50 (1929), 796

sätzlich zugelassen. <sup>1)</sup> Unterschiede bestehen allein in dem Umfang der als nachbarschützend anzusehenden Normen. <sup>2)</sup> Auch das Schrifttum hat die öffentlich-rechtliche Nachbarklage überwiegend anerkannt <sup>3)</sup>, wenn auch einige Schriftsteller sie als Fremdkörper im Verwaltungsprozeßrecht bezeichnen. <sup>4)</sup>

a) Überblick über den geschützten Rechtskreis des Dritten im Bauordnungsrecht

Wie vorher dargelegt ist, kann sich das subj. öffentliche Recht des Dritten entweder aus der ausdrücklichen oder konkludenten Betonung der nachbarschützenden Zweckbestimmung oder aus dem Verhältnis der entsprechenden Vorschrift zum grundgesetzlichen Schutzbereich des Nachbarn ergeben.

Verschiedene Bauordnungen enthalten Vorschriften, die die Erteilung einer Baugenehmigung unter Befreiung bestimmter Vorschriften von der Zustimmung des Nachbarn abhängig machen. <sup>5)</sup>

Da diese Bestimmungen die Verwaltung ausdrücklich zu einem bestimmten Verhalten verpflichten und der vom Gesetzgeber gewollte Schutz der Nachbarinteressen durch das Zustimmungserfordernis deutlich wird, ist bei diesen Bestimmungen die nachbarschützende Zweckbestimmung eindeutig. Weiterhin kann sich aus Vorschriften, die besagen, daß eine Ausnahme nur zuzulassen ist, wenn die Nachbarn nicht erheblich belästigt, gestört etc. werden, wenn berechnigte nachbarli-

- 
- 1) Grundlegend BVerwG Urt. v. 5. 10. 1965 = BVerwGE 22, 129; Urt. v. 28. 4. 1967 = BVerwGE 27, 29 ff; Urt. v. 6. 10. 1967 = BVerwGE 28, 33 st. Rspr.
  - 2) BVerwG Beschl. v. 25. 2. 1954 = BVerwGE 1, 84 f; vgl. die Nachweise bei Kernade a. a. O. S. 13 u. Gehrmann BLGBW 62, 133 ff; 153 ff; 253 ff; am zurückhaltendsten zeigt sich das OVG Hamburg vgl. Urt. v. 9. 4. 1959 = DVBL 59, 822 ff u. v. 29. 8. 1963 = MDR 64, 446
  - 3) Bachof DVBL 61, 128 ff; Kniestedt DÖV 62, 89; Evers Jus 62, 87; Timmermann a. a. O., Kübler-Speidel I Rdn. 4 ff m. w. N.; Dörffler NJW 63, 14 m. w. N.; Bender-Dohle a. a. O. Rdn. 25 ff
  - 4) insbes. Redeker NJW 59, 749 (751) u. Sellmann DVBL 63, 273 ff und NJW 64, 1545 ff
  - 5) § 36 Abs. 4 Hamb. Baupol. VO; das OVG Hamburg sieht allein diese Vorschriften als nachbarschützend an. Urt. v. 14. 10. 1949 MDR 50, 246; v. 9. 4. 1959 DVBL 59, 822; v. 29. 8. 1963 MDR 64, 446  
§§ 21 Abs. 2, Ziff. 8, 30 Abs. 1, 119 Abs. 2 Ziff. 5 Bremer BauO; Art. 69 Abs. 4, 78 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 2, 77 Abs. 2, 79 Württ. BauO;  
§§ 68 Abs. 2 Buchst. e) und g) 75, 72 Abs. 6 Buchst. 6 Saar. BauG

che Belange gewährt sind <sup>1)</sup>, oder ähnlichen Formulierungen, eine gewollte Zweckbestimmung des Gesetzgebers im Hinblick auf den Schutz nachbarlicher Belange ergeben.

Abgesehen von dieser ausdrücklichen Anerkennung nachbarschützender Belange, wird eine Erweiterung des Nachbarschutzes im Rahmen des Bauordnungsrechts z. T. abgelehnt. <sup>2)</sup> Zur Begründung dafür wird angegeben, daß das Bauordnungsrecht lediglich der Konkretisierung der polizeilichen Generalklausel und somit der Gefahrenabwehr diene, die allein im öffentlichen Interesse erfolgt. <sup>3)</sup>

Diese Argumentation mag vielleicht in früherer Zeit richtig gewesen sein, doch heute dient das Bauordnungsrecht nur noch zum Teil der Gefahrenabwehr, vielmehr stehen soziale und wirtschaftliche Aufgaben in den neuen BauO. im Vordergrund. <sup>4)</sup>

Darüber hinaus bewirken aber auch Vorschriften der polizeilichen Gefahrenabwehr nicht nur den Schutz der Allgemeinheit, sondern teilweise gleichzeitig auch den Schutz des Nachbarn. <sup>5)</sup> So dienen z. B. die Feuerschutzbestimmungen nicht nur der Allgemeinheit, sondern sollen auch die gem. Art. 14, 2 GG grundsätzlich geschützten Rechtsgüter vor Beeinträchtigungen bewahren, und zwar gerade die der Nachbarn, die sich im unmittelbaren Gefahrenbereich befinden. <sup>6)</sup>

Durch eine Befreiung von diesen Vorschriften kann sich z. B. die Brandgefahr in Bezug auf das Nachbargrundstück erhöhen, so daß der Nachbar im Hinblick auf Art. 14, 2 GG verlangen kann, daß seine Belange genügend berücksichtigt werden.

- 1) §§ 33, 36 Abs. 1 Hamb. BaupolVO, § 69 BauO NW; § 10 Ziff. 5 Berl. BauO; § 46 Abs. 1 S. 3 Hess. BauO; §§ 34 Ziff. V, 122 Abs. 1 Bremer BauO; §§ 34 Abs. 3, 57 Abs. 1 Württ. -BauO; §§ 84 Abs. 10 u. 11 Saarl. BauG.
- 2) Redeker DVBL 67, 196 u. DVBL 68, 7 ff; Sellmann DÖV 67, 224 Peters DÖV 68, 548; Simon Bay. VBL 67, 228; Bayr. VGH Urt. v. 29. 7. 1952 DVBL 53, 581 und das OVG Hamburg in den genannten Urteilen
- 3) vgl. auch OVG Koblenz Urt. v. 30. 2. 1968 BRS 20, 249
- 4) Kübler-Speidel a. a. O. I Rdn. 12 m. w. N.  
vgl. auch Pietzonka NJW 58, 1582
- 5) Vgl. VGH Stuttg. Urt. v. 10. 4. 1951 DVBL 51, 612; Laubinger a. a. O. S. 64 m. w. N.; Kübler-Speidel a. a. O. III Rdn. 2 ff; Kernade a. a. O. S. 60 ff, 77 f
- 6) Böhm BUG 1960, 110 ff (112); VGH Bad-Württ. Urt. v. 5. 12. 1960 ESVGH 11, 42 f; offengelassen OVG Lüneburg Urt. v. 22. 3. 1962 DVBL 62, 418 ff s. aber neuestes Urt. v. 14. 3. 1967 BRS 18, 199 abl. OVG Hamburg Urt. v. 29. 8. 1963 MDR 64, 446; s. auch Kübler-Speidel III Rdn. 68 ff m. w. N.

In diesem Punkt zeigt sich, daß es auf den Willen des Gesetzgebers bzgl. der Zweckbestimmung nicht allein ankommen kann, sondern bestimmte Vorschriften schon im Hinblick auf den grundrechtlichen Schutz des Individuums eine derartige Zweckbestimmung enthalten müssen. Sieht man die Ausführungen von Kernade <sup>1)</sup>, der zum Ergebnis kommt, daß baupolizeiliche Vorschriften dann dem Individualinteresse dienen, wenn sie Gefahren abwehren sollen, durch die bestimmte Einzelpersonen bedroht sein können, unter diesem Blickwinkel, so sollen diese Vorschriften nicht nur dem Schutz des Nachbarn dienen, wie Kernade meint <sup>2)</sup>, sondern ein derartiger Schutz ist im Hinblick auf die Abwehrfunktion der Grundrechte zwingend.

Weiterhin ist zu bedenken, daß die Funktionen von Bauherr und Nachbar austauschbar sind und beide in einer Opfer- und Vorteilsgemeinschaft stehen. <sup>3)</sup> In der Erweiterung der Rechte des einen liegt gleichzeitig eine Beschränkung der Rechte des anderen. Dieses Verhältnis in Bezug auf den Schutz des Art. 14 GG und Art. 3 hat das OVG Lüneburg <sup>4)</sup> anhand des Begriffs der rechtlichen Schicksalsgemeinschaft <sup>5)</sup> herausgearbeitet.

So erklärt das OVG in der Entscheidung vom 15. 12. 1965 bzgl. der Regelung über die Einhaltung des Grenzabstandes, daß "zwischen den benachbarten Eigentümern gewissermaßen ein Austausch (stattfinde); das Gebot den eigenen Bauwuch freizuhalten, findet seine Entsprechung darin, daß auch der Nachbar im gleichen Umfang den Bauwuch auf seinem Grundstück freizuhalten hat. Nicht der Inhalt der Regelung über den Grenzabstand, wohl aber das mit ihrer Einhaltung in concreto faktisch geschaffene Austauschverhältnis stellt sich gewissermaßen in seinem Saldo als ein vermögenswertes Recht und darin als ein Annex des Grundeigentums dar." Die Wahrung dieser koordinierenden Rechte, die beide in Art. 14 GG verwurzelt sind, wird dadurch erreicht, daß der Zwang "zur eigenen Unterwerfung unter die Baurechtsnorm durch den Anspruch kompensiert wird, daß auch der Nachbar den gleichen gesetzlichen Einschränkungen seiner Rechte aus Art. 14 GG unterliegt." Die Beschränkung korrespondiert so mit dem Vorteil des Unterworfenenseins aller betroffenen Eigentümer und einem entsprechenden Anspruch eines jeden Eigentümers auf Einhaltung dieser Beschränkung. Aus Art. 3 GG folgt dann zwingend, daß bei gleicher Belastung einer abgrenz-

---

1) a. a. O. S. 77 ff

2) a. a. O. S. 78

3) OVG Lüneburg Urt. v. 22. 3. 1962 DÖV 62, 467 und Urt. v. 15. 12. 1965 OVG 21, 468; Kübler-Speidel I Rdn. 12 m. w. N.; vgl. auch Bartlsperger Verw. Arch. Bd. 60 (1969), 59 ff m. w. N.

4) OVG Lüneburg a. a. O.

5) dazu auch Brohm a. a. O. S. 97

baren Gruppe Einzelner und der Schaffung entsprechender Vorteile zugunsten aller Beteiligten, der Einzelne einen Anspruch auf Wahrung dieser Vorteile hat <sup>1)</sup>, so daß er sich gegen die Gewährung von Vorteilen gegenüber dem Bauherrn unter gleichzeitiger Pflichtentbindung zur Wehr setzen können muß. <sup>2)</sup> Bei den Vorschriften des Bauordnungsrechts, die keine ausdrückliche Zweckbestimmung zum Schutz des Nachbarn enthalten, ist daher die von der Norm erfaßte Interessenlage in Bezug auf Art. 14 und Art. 3 GG in der Hinsicht zu untersuchen, ob ein vom Gesetzgeber gewollter Interessenschutz vorliegt oder sich dieser aus der Beziehung Allgemeinheit - Bauherr - Nachbar mit Rücksicht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben muß.

Der Meinung, daß im Baurecht im Vordergrund das Interesse der Allgemeinheit stünde und die Anerkennung einer Schutzfunktion für den Einzelnen nur ausnahmsweise zugelassen werden könne <sup>3)</sup>, oder im Hinblick auf den Grundsatz der Baufreiheit nur wenige Vorschriften als nachbarschützend anzuerkennen seien <sup>4)</sup>, kann daher nicht gefolgt werden.

Ein derartiger Grundsatz kann nicht aufgestellt werden. Die Bedenken der Autoren gehen auch nicht so sehr gegen die Anerkennung von nachbarschützenden Vorschriften, vielmehr steht hinter dieser Einschränkung die Befürchtung der Ausuferung der Anfechtungsberechtigten im Baurecht; und damit der Gefahr einer Popularklage. <sup>5)</sup>

Diese Probleme lassen sich jedoch nicht mit der Einengung der nachbarschützenden Vorschriften erreichen, da die Anerkennung von subjektiven öffentlichen Rechten unabhängig vom jeweiligen Willen des Gesetzgebers erfolgen kann und muß, soweit grundrechtliche Erwägungen eine derartige Zweckbestimmung erfordern. Die Ausuferung der öffentlichen Nachbarrechte kann daher nur dadurch erreicht werden, daß man den Kreis der tatsächlich geschützten Personen von der jeweiligen Norm her bestimmt und abgrenzt, also der Frage, welcher Nachbar durch diese Vorschrift geschützt werden soll, weiter nachgeht und damit den Kreis derjenigen einengt, der sich auf eine tatsächliche Beeinträchtigung dieser im speziellen Fall nachbarschützenden Vorschrift berufen kann <sup>6)</sup>, d. h.

1) Braun BaWüVBL 63, 115

2) Brohm a. a. O. S. 97

3) Simon Bayr. VBL 67, 228; Peters DÖV 68, 548; Meyer DWW 68, 122; im Ergebnis auch Fromm DVBL 68, 662

4) OVG Berlin Urt. v. 27. 1. 1967 NJW 67, 2279

5) Vgl. Simon a. a. O. S. 227; OVG Koblenz Urt. v. 14. 5. 1959 DÖV 59, 799; OVG Münster Beschl. v. 22. 4. 1963, DVBL 63, 628

6) Diesen Versuch hat das BVerwG für die §§ 34 u. 35 BBauG unternommen; Urt. v. 28. 4. 1967 NJW 67, 1770; Urt. v. 6. 12. 1967 DVBL 68, 651; zu

ob die Zweckbestimmung dieser Vorschrift gerade ihn treffen soll.

Ähnlich der Rechtsprechung des BGH <sup>1)</sup> zu § 823 II BGB, die ein Schutzgesetz nur dann annimmt, wenn das geschützte Interesse, die Art der Verletzung und der Kreis der geschützten Personen hinreichend klargestellt und bestimmt sind, muß auch der Kreis der Berechtigten, die sich auf den Schutz der Nachbarrechte berufen können, hinreichend bestimmbar sein. <sup>2)</sup>

Die Einschränkung der nachbarschützenden Normen ergibt sich daher nicht aus der Ablehnung einer derartigen Zweckbestimmung überhaupt, sondern aus der Bestimmbarkeit des zu schützenden Personenkreises, sowie aus der Feststellung, ob der Nachbar gerade in diesen nachbarschützenden Bereich einbezogen ist und durch die Genehmigung in seinen Nachbarrechten tatsächlich beeinträchtigt sein kann. <sup>3)</sup>

b) Im einzelnen ergibt sich somit für den Nachbarschutz im Bauordnungsrecht folgendes: <sup>4)</sup>

---

Fortsetzung der Fn. 6) von S. 52:

§ 35 II BBauG; Urt. v. 13. 6. 1969 NJW 69, 1787 zu § 34 BBauG; Urt. v. 14. 6. 1968 NJW 68, 2393; OVG Berlin Urt. v. 24. 9. 1961 BauR 72, 35; OVG Mstr. Beschl. v. 13. 1. 1972 MDR 72, 450; kritisch hierzu Redeker DVBL 69, 9; Bartlsperger Verw. Arch. Bd. 60(1969), 51 f; Friauf Jur. Analysen 1969, ÖR S. 50 ff; allg. Kübler-Speidel I Rdn. 90 ff; m. w. N.

1) z. B. BGH Urt. v. 27. 11. 1963 NJW 64, 396

2) im Ergebnis auch Kernade a. a. O. S. 60 ff (77); Bender-Dohle, Nachbarschutz, Rdn. 31 ff

3) Vgl. hierzu auch Kübler-Speidel a. a. O. I Rdn. 15 ff u. 90 ff m. w. N.; auch Evers DVBL 70, 12 ff; Sendler BauR. 1970, 74 ff jeweils m. w. N. Die Abgrenzung erfolgt somit von einem anderen Blickwinkel her u. zwar ausgehend von der Frage, kann der Nachbar, dem ein Nachbarschutz aufgrund der Zweckbestimmung der Norm grundsätzlich zustehen kann, tatsächlich in seiner eigenen geschützten Rechtssphäre betroffen sein. Dies ist nur dann der Fall, wenn er im Rahmen der Klage entsprechende Tatsachen vorträgt, die eine derartige Beeinträchtigung möglich erscheinen lassen; so auch im Ergebnis, wenn auch mit anderer Begründung Henke a. a. O. S. 70; Laubinger a. a. O. S. 50 f. Die Befürchtung einer unzumutbaren Verzögerung von Bauvorhaben läßt sich mit dieser gemachten Einschränkung entgegenwirken, zum anderen ergibt sich aus dem Nichteingreifen des § 80 VwGO auf VAmDD (s. 2 Hauptteil) eine weitere Einschränkungsmöglichkeit.

4) zum ganzen mit umfangreichen Nachweisen Kübler-Speidel a. a. O. III S. 205 ff; Bender-Dohle a. a. O. Rdn. 26 ff

Die Vorschriften über die Einhaltung von Grenzabständen (Bauwich) haben sowohl den Zweck, auch den angrenzenden Gebäuden ausreichende Belichtung und Belüftung zu gewähren, zum anderen eine Brandübertragung auf die Nachbargrundstücke zu verhindern und die Brandbekämpfung zu erleichtern. <sup>1)</sup>

In Bezug auf beide Zwecke liegt ein bestimmbarer Personenkreis vor und die Zweckbestimmung dieser Normen muß sich schon aus der Gewährung des grundgesetzlichen Schutzes der Art. 14, 2 und 3 GG ergeben.

Ebenso dient die Regelung über Gebäudehöhe, Brandwände und über die Unzulässigkeit von Immissionen den gleichen Zwecken, so daß auch hier eine nachbarschützende Zweckbestimmung angenommen werden muß. <sup>2)</sup>

Bei den Vorschriften über Hofraumgrößen und Grundstücksfreiflächen, die grundsätzlich auch dem Schutz der Gesundheit in Bezug auf ausreichende Licht- und Luftzufuhr im Interesse der Nachbarn dienen, ist aber auf den Einzelfall abzustellen, da z. B. in Baugebieten mit offener Bauweise die Verletzung dieser Vorschriften den Nachbarn nicht tatsächlich beeinträchtigen können. <sup>3)</sup> Hier zeigt sich die Einschränkung der Schutzzweckrichtung dahin, daß die generelle Bejahung des nachbarschützenden Charakters nicht ausreicht, sondern zusätzlich zu fragen ist, ob der Nachbar durch eine Abweichung von der Norm durch das nachbarliche Bauvorhaben tatsächlich beeinträchtigt wird <sup>4)</sup>; d. h. ob dieser Nachbar unter den Personenkreis des Schutzzweckes dieser Norm fällt.

- 
- 1) OVG Berlin Urt. v. 20. 1. 1968 NJW 69, 342 f; OVG Koblenz Urt. v. 30. 5. 1968 BRS 20, 249 ff; OVG Lüneburg Urt. v. 31. 5. 1967 DVBL 68, 45 ff; anders OVG Bremen Urt. v. 22. 10. 1968 BRS 20, 294 f für den rückwärtigen Grenzabstand vgl. auch Kübler-Speidel a. a. O. III 3 S. 206 m. w. N.; Kemnade a. a. O. S. 78 ff; Timmermann a. a. O. S. 81 ff; Bender-Dohle a. a. O. Rdn. 276 ff
  - 2) VGH Mannheim Urt. v. 28. 3. 1968 BRS 20, 246 f  
BVerwG Urt. v. 24. 10. 1967 BVerwGE 28, 131 f;  
a. A. Grundei NJW 70, 833 f (837)
  - 3) a. A. ohne diese Unterscheidung Timmermann a. a. O. S. 86 m. w. N.; Bei diesen Vorschriften ist zwar abstrakt eine nachbarschützende Wirkung vorhanden, diese beinhaltet aber nur dann ein Abwehrrecht, wenn die konkrete Situation eine Verletzung des Schutzzweckes der Norm auch ergibt und der Nachbar diese Verletzung aus anderen Gesichtspunkten möglicherweise hinnehmen muß. Vgl. oben B VII 1 b
  - 4) Vgl. auch Scheerbarth, Das allgemeine Bauordnungsrecht, S. 319 m. w. N.; Sendler a. a. O. (BauR 1970) S. 13; dies ist aber keine Frage der Bejahung der allgem. Schutzrichtung; vgl. B VII 1 b

Dagegen erzeugen diejenigen Vorschriften, die allgemeinen städtebaulichen Interessen dienen, wie Verunstaltungsverbote, Festsetzung von Baufluchtlinien <sup>1)</sup>, Festsetzungen bestimmter Mindestgrößen keine nachbarschützende Wirkung, da hier allein ästhetische Belange und allgemeine städtebauliche Erwägungen zugrunde liegen. <sup>2)</sup>

Weiterhin sind alle Vorschriften, die die innere Gestaltung des Bauwerkes betreffen wie z. B. Treppen, Mindesthöhe der Wohnräume etc., nicht nachbarschützend <sup>3)</sup>, da in diesen Fällen schon eine Auswirkung, die eine Beeinträchtigung darstellt, auf das Nachbargrundstück nicht gegeben ist, die Schutzwirkung objektiv auf das Baugrundstück beschränkt bleibt. <sup>4)</sup>

## 2. VAmD im Planungsrecht

a) Neben dem allgemeinen Bauordnungsrecht gewinnt der Rechtsschutz des Dritten im Bereich des Planungsrechts immer größere Bedeutung, da der Planfeststellungsbeschluß weitreichende Folgen für ein im Bereich dieses Planes liegendes Grundstück mit sich bringt. <sup>5)</sup>

Da nach den Planfeststellungen der einzelnen Gesetze <sup>6)</sup> die öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen dem Unternehmer und dem vom Plan Betroffenen

- 
- 1) anders entschied der VGH Bad-Württ. Urt. v. 5. 12. 1960 BBauBl 61, 573; dieser Entscheidung lag jedoch ein bestimmter Sachverhalt zugrunde, da i. d. F. der Bauherr sein Bauwerk soweit über die Baulinie hinaus an die Straße geführt hatte, daß es Fenster des Nachbarn verstellte, so daß dann wieder Gesundheits- und Brandsicherungserwägungen eingreifen, die eine nachschützende Zweckbestimmung erfordern; a. A. Kemnade a. a. O. S. 79
  - 2) Timmermann a. a. O. S. 89 f; Kübler-Speidel a. a. O. III 58 S. 231 m. w. N.
  - 3) das gilt nicht für die Vorschriften über die Installation von Heizungen, Öltanks, Schilder an den Außenwänden, da diese Vorschriften den Nachbarn im Rahmen der Opfergemeinschaft mit schützen sollen; a. A. Simon Bayr. VBL 63, 313
  - 4) vgl. auch Braun Bad-Württ. VDL, 116
  - 5) Vgl. hierzu Hoppe, Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und Verkehrsanlagen. Schriftenreihe der NJW Heft 8 1971, ders. DVBL 1969, 247
  - 6) §§ 17 ff B Fernstr. G, § 28 Abs. 1 PBefG; § 8 LuftverkehrsG; § 36 BBahnG; § 31 WHG; § 41 FlurbG; § 7 TelegraphenwegeG

rechtsgestaltend geregelt werden <sup>1)</sup>, Beseitigungs- und Änderungsansprüche der Betroffenen danach ausgeschlossen sind, kann Rechtsschutz im Bereich des Planungsrechts dem Dritten nur bis zur rechtskräftigen Feststellung des Planes gewährt werden.

Gegen den Planfeststellungsbeschluß, der einen VA darstellt, aber den Bauherrn (Unternehmer, Baulastträger) begünstigt und die durch den Plan Betroffenen belastet <sup>2)</sup>, kommt nur die verwaltungsrechtliche Anfechtungsklage in Betracht.

Diese Klage ist nur erfolgversprechend, wenn der Dritte die Verletzung eines eigenen Rechts geltend machen kann. Auch in diesem Zusammenhang muß bei der Auslegung der einzelnen Vorschriften, sofern sich nicht schon aus dem Wortlaut ein zwingender Schluß auf den Schutz der Rechte der Planungsbetroffenen ergibt, gefragt werden, ob der Gesetzgeber den einzelnen Planungsbetroffenen nicht schützen wollte oder mußte, da die Planfeststellung die Inanspruchnahme von Eigentum oder Besitz an Grundstücken, die Einschränkung der Nutzungs- oder Ausdehnungsmöglichkeit eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes vorbereitet <sup>3)</sup> und so die grundgesetzlich geschützte Sphäre des Art. 14 GG berührt. So geht das BVerwG in seinem Urteil vom 11. 10. 1968 <sup>4)</sup> davon aus, daß eine Genehmigung gem. § 6 LuftverkehrsgG zur Erweiterung eines Flughafens den Nachbar unmittelbar in seinem Eigentum trifft; gleichzeitig weist es jedoch die Klage des Nachbarn mit dem Hinweis auf das Planfeststellungsverfahren ab. Dieser Entscheidung ist in dem Umfange zuzustimmen, daß dem Nachbar in dem Fall, wo ein Planfeststellungsverfahren noch läuft, das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage gegen die Genehmigung fehlt, dagegen kann dem von Hoppe <sup>5)</sup> gezogenen Schluß, daß der Nachbar gegen eine Genehmigung zur Erweiterung des Flughafens nicht klagen könne, nicht zugestimmt werden, da durch die Genehmigung in das Eigentum und die Gesundheit des Nachbarn eingegriffen wird, so daß dem Nachbarn im Hinblick auf Art. 14, 2 GG vom Gesetzgeber ein Schutz zuerkannt werden mußte. <sup>6)</sup>

- 
- 1) Zu den Theorien der Rechtswirkungen des Planfeststellungsbeschlusses vgl. Hoppe, Rechtsschutz S. 16 f
  - 2) zur Frage der Rechtsnatur des Planfeststellungsbeschlusses als feststellender, adressatenloser, dinglicher oder personaler VA vgl. Hoppe, Rechtsschutz S. 25 f.
  - 3) BVerwG Urt. v. 29. 5. 1967 DVBL 1967, 917; Hoppe, Rechtsschutz S. 49
  - 4) DÖV 1969, 283 ff
  - 5) Rechtsschutz S. 49
  - 6) im Ergebnis auch Friauf Jur. Analysen 1969, S. 58 f; VG Gelsenkirchen Beschl. v. 15. 11. 1971 - 5 L 133/71 -

Darüberhinaus hat die Rechtssprechung <sup>1)</sup> dem Betroffenen auch einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Bescheidung zuerkannt. Die Beteiligung am Anhörungsverfahren dient zwar nicht allein den Individualinteressen <sup>2)</sup>, doch sollen in diesem Verfahren gerade die Betroffenen die Möglichkeit erhalten, Bedenken gegen den Plan wegen der Beeinträchtigung ihrer Individualrechte geltend zu machen.

Wenn die Behörde im Rahmen ihres Planungsermessens <sup>3)</sup> alle Bedenken gegen den Plan in Erwägung zu ziehen und vor einer endgültigen Entscheidung gegeneinander abzuwägen hat, muß den Betroffenen als Korrelat zu ihrer Beteiligung <sup>4)</sup> ein Anspruch auf Überprüfung der Entscheidung dahin zustehen, daß die Behörde sich im Rahmen ihres gesetzlichen Planungsermessens gehalten hat. Aber auch ein derartiger Anspruch setzt voraus, daß durch die nicht ermessensfehlerfreie Entscheidung Rechte des einzelnen Betroffenen insbesondere sein Eigentum verletzt sind, da andernfalls jedem am Anhörungsverfahren Beteiligten eine Klagebefugnis zustehen würde, der letztlich keine materiell-rechtliche Berechtigung gegenübersteht.

b) Neben dem Planfeststellungsbeschluß bietet der Bebauungsplan nur beschränkte Angriffsmöglichkeiten für den Betroffenen, da der Bebauungsplan gem. § 10 BBauG in Form einer Satzung, somit einer Rechtsnorm, erlassen wird. Eine direkte Überprüfungsmöglichkeit des Bebauungsplanes ist nur in den Ländern möglich, die von der Ermächtigung des § 47 S. 1 VvGO Gebrauch gemacht haben. <sup>5)</sup>

---

1) BVerwG Ur. v. 16. 4. 1971 DVBL 71, 746 = DÖV 71, 639 u. Ur. v. 3. 3. 1972 DÖV 72, 825; VG Hannover Ur. v. 7. 11. 69 DVBL 1971, 767; OVG Koblenz Ur. v. 27. 5. 70 AS 11, 385 OVG Münster Ur. v. 12. 4. 1972 BauR 72, 210 u. Ur. v. 27. 4. 1972 BauR 72, 217; OVG Lüneburg Ur. v. 14. 2. 71 BauR 72, 228, 206; Müller NJW 71, 81 ff u. 1302; Schmidt NJW 69, 2163

2) BVerwG Ur. v. 29. 5. 1967 DVBL 1967, 917 u. Ur. v. 10. 4. 1968 BVerwGE 29, 282; Hoppe, Rechtsschutz S. 34 m. w. N.

3) siehe dazu ausführlich Hoppe a. a. O. S. 53 ff

4) damit ist aber nicht jeder am Anhörungsverfahren Beteiligter auch klagebefugt, so kann insbesondere eine Klage nicht auf die mangelnde Beteiligung im Anhörungsverfahren gestützt werden; vgl. auch Hoppe a. a. O. S. 48 m. w. N.

5) Baden-Württ., Bayern, Bremen, Hessen und Schleswig-Holstein.

In den anderen Ländern kann die Gültigkeit eines Bebauungsplanes nicht prinzipaliter gerichtlicher Überprüfung zugeführt werden. <sup>1)</sup> Sie kann nur im Rahmen einer Nachbarklage inzident geprüft werden.

Gem. §§ 29, 30 BBauG muß bei einem Bauantrag dieser nicht nur auf die Vereinbarkeit mit dem Bauordnungsrecht überprüft werden, sondern die Zulässigkeit des Vorhabens ist auch unter bodenrechtlichen, d. h. bauplanungsrechtlichen Gesichtspunkten zu sehen.

Die einheitliche Baugenehmigung bezieht sich auf beide Bereiche, so daß bei einer Verletzung planungsrechtlicher Festsetzungen der Nachbar gegen die Baugenehmigung auch unter diesem Gesichtspunkt vorgehen kann, sofern die Festsetzung nachbarschützende Wirkung hat.

aa) Ein allgemeiner Plangewährleistungs- oder Planbefolgungsanspruch, wie er insbesondere von Redeker <sup>2)</sup> gefordert wurde, hat sich bisher nicht durchgesetzt. <sup>3)</sup> Aus der Feststellung, daß die Grundeigentümer in einem Baugebiet im Bebauungsplan rechtlich gebunden und verbunden sind <sup>4)</sup>, folgert Redeker einen Planbefolgungsanspruch jedes Grundstückseigentümers gegenüber der Behörde gegen unzulässige Abweichungen von dem festgelegten Bebauungsplan. Danach kommt es nicht mehr darauf an, ob einzelne Bestimmungen des Planes nachbarschützend sind, sondern dem Nachbarn steht ein Abwehranspruch nur dann zu, wenn eine Änderung des Planes wegen Verstoßes gegen §§ 1 und 2 BBauG nichtig oder gem. §§ 40 ff BBauG entschädigungspflichtig wäre.

Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden, da zum einen eine Abgrenzung der Rechtspositionen der Nachbarn allein durch §§ 1, 2 und 40 ff BBauG zu unbestimmt ist, zum anderen die Grenze zwischen dem Abwehranspruch des subjektiven-öffentlichen Rechts und einer keine Rechte verleihenden Vorschrift völlig verwischt würde. Es bleibt daher weiterhin zu prüfen, ob die planungsrechtliche Regelung lediglich einen Rechtsreflex erzeugt oder dem Planbetroffenen einen

- 
- 1) Nach BVerfG Urt. v. 27. 7. 1971 DVBL 1971, 740 soll eine Verfassungsbeschwerde gegen einen Bebauungsplan wegen **ausnahmsloser** Vollzugsbedürftigkeit des Planes unzulässig sein, dazu kritische Anm. Umbach a. a. O. sowie v. Mutius, HRR VwR 1972, A 2 (D 2); Blümel DVBL 72, 122 ff
  - 2) DVBL 68, 7 ff und DVBL 67, 196 (Referatsauszug)
  - 3) vgl. Meyer DWW 68, 122; Hoppe DVBL 69, 248; Menger/Erichsen Verw. Arch. Bd. 59 (1968), 176 BVerwG Beschl. v. 12. 9. 1969 DVBL 70, 61 und Urt. v. 16. 4. 1971 DVBL 71, 746 ff = DÖV 71, 639 ff
  - 4) BVerwG Urt. v. 28. 4. 1967 DVBL 68, 30 = NJW 67, 1770; Brohm a. a. O. S. 97 spricht von der "Nutzungsgemeinschaft" der Planbetroffenen.

subjektiven Status schaffen will oder muß. 1)

bb) Da nach weit verbreiteter Vorstellung das Planungsrecht allein der städtebaulichen Ordnung dient 2), setzte sich die Anerkennung von Nachbarrechten im Bereich des Planungsrechtes nur zögernd und in wenigen Ausnahmenvorschriften durch.

So richten sich die in § 1 Abs. IV S. 2 und Abs. 5 BBauG niedergelegten Planungsgrundsätze in erster Linie an den Träger der Bauleitplanung, so daß sich aus dieser Intention der Vorschrift schon keine nachbarschützende Wirkung ableiten läßt. 3) Doch können die dort niedergelegten Planungsziele als Auslegungshilfen 4) für die Beurteilung von Einzelbaumaßnahmen herangezogen werden, insbesondere das Abwägungsgebot zwischen öffentlichen und privaten Belangen, so daß die Mißachtung der Planungsziele beim Erlaß eines Bebauungsplanes im Rahmen der Klage gegen eine Baugenehmigung mit gerügt werden kann.

Daraus kann aber noch nicht entnommen werden, daß der Ortsgesetzgeber den Planausweisungen nachbarschützende Wirkung beilegt 5), vielmehr muß sich diese Wirkung aus den einzelnen Baurechtsnormen selbst ergeben. Die Heranziehung der Planziele des § 1 IV und V BBauG kann nicht dazu führen, einer lediglich objektiv vorhandenen Norm subjektiv-rechtliche nachbarschützende Wirkung zu vermitteln. 6)

Durch die planerischen Festsetzungen werden die betroffenen Eigentümer rechtlich verbunden und gebunden in eine rechtliche "Schicksalsgemeinschaft" zusammengefaßt. 7) Der Umfang ihrer auf Art. 14 GG beruhenden Baufreiheit wird

1) Vgl. Hoppe a. a. O. S. 248; Menger/Erichsen a. a. O.; Rupp, Grundlagen, S. 223; Kübler-Speidel I Rdn. 10 BVerwG Urt. v. 13. 6. 1969 BVerwGE 32, 173 m. Anm. Schmidt NJW 69, 1787

2) Evers Jus 62, 89; Sellmann DÖV 67, 224; kritisch Bartlsperger Verw. Arch. Bd. 60 (1969), 44

3) BVerwG Urt. v. 6. 12. 1967 DVBL 68, 651; und Urt. v. 14. 6. 1968 DVBL 69, 282; VGH Kassel Urt. v. 3. 3. 1971 NJW 71, 2005; VGH Bad-Württ. Urt. v. 23. 4. 1969 DÖV 69, 646; Sendler BauR 1970, 74 ff; kritisch Bartlsperger a. a. O.

4) Kübler-Speidel a. a. O. II Rdn. 1 m. w. N.

5) so offenbar Friauf Jur. Analysen 1969 (ÖR), S. 46; Sendler BauR 1970, 74 ff

6) BVerwG Urt. v. 13. 6. 1969 BVerwGE 32, 173 = DVBL 70, 57 = NJW 69, 1787 und Urt. v. 12. 1. 1968 DVBL 68, 515 auch Kübler-Speidel a. a. O. II 1 m. w. N.; vgl. auch Urt. VG Hannover v. 7. 11. 1969 DVBL 71, 767

7) Kübler-Speidel a. a. O. I Rdn. 10 m. w. N.

durch den Plan für alle verbindlich gestaltet. Die Eigentümer befinden sich in einem Austauschverhältnis, in dem die Beschränkung des einen Eigentümers mit der des Nachbarn korrespondiert.

Sind durch den Plan alle gleich betroffen, so hat der einzelne einen aus dem Gleichheitsgrundsatz Art. 3 GG entspringenden Anspruch auf Wahrung der im Plan getroffenen Vorteile. <sup>1)</sup>

Wird dieses Austauschverhältnis zwischen den Planunterworfenen z. B. durch die Erteilung eines Dispenses an einen Bauwilligen gestört, so muß dem einzelnen im Hinblick auf Art. 3 GG ein Abwehrrecht auch schon dann zustehen, wenn durch die Genehmigung sein Eigentum über die Sozialbindung hinaus noch nicht beeinträchtigt ist. <sup>2)</sup>

Daraus folgt, daß die städtebaulichen Vorschriften des BBauG und der BaunutzVO nachbarschützenden Charakter haben müssen. Selbst wenn die Auslegung keine derartige vom Gesetzgeber beabsichtigte Wirkung ergibt, muß im Hinblick auf Art. 3 und Art. 14 GG wegen der Vorteils- und Opfergemeinschaft der Planunterworfenen ein derartiger Nachbarschutz bejaht werden. <sup>3)</sup>

Wird eine Baugenehmigung erteilt, die den planerischen Festsetzungen widerspricht, so hat jeder Planbetroffene aufgrund des nachbarschützenden Charakters der planerischen Gebietsausweisung einen Abwehranspruch, der im Klagewege geltend gemacht werden kann.

---

1) Braun BaWü Verw. Bl. 63, 115; Brohn a. a. O. S. 97

2) Bender-Dohle Nachbarschutz Rdn. 143 f; für den ähnl. Fall der Klage eines subventionierten Konkurrenten leitet Friauf DVBL 69, 368 ff das Abwehrrecht auch aus Art. 3 GG direkt ab; ebenso Scholz NJW 69, 1044

3) im Ergebnis ähnlich, wenn auch mit einigen Einschränkungen Bender-Dohle, Rdn. 144;  
Bartlsperger DVBL 71, 723 ff; OVG Münster Beschl. v. 25. 2. 1964 NJW 64, 1837 zu § 34 BBauG Urt. v. 16. 5. 1963 DVBL 64, 693; Urt. v. 5. 3. 1963 NJW 64, 74 zu § 31 II BBauG

a. A. BVerwG Urt. v. 14. 6. 1968 DVBL 69, 282 zu § 31 II

BBauG Urt. v. 13. 6. 1969 a. a. O. zu § 34 BBauG, Urt. v. 6. 12.

1969 DVBL 68, 651 u. Urt. v. 13. 6. 1969 a. a. O. zu § 35 II BBauG, vgl. zu den einzelnen Vorschriften Kübler-Speidel a. a. O. I Rdn. 11; II Rdn. 13 ff; Rdn. 63 ff sowie zur BaunutzVO II Rdn. 82 ff jeweils mit umfangreichen Rechtsprechungs- und Literaturnachweisen.

c) Neuerdings gewähren die Gerichte den so betroffenen Nachbarn Rechtsschutz, indem sie - unabhängig von der nachbarschützenden Funktion bestimmter baurechtlicher Vorschriften - den Nachbarschutz direkt aus Art. 14 GG ableiten.<sup>1)</sup> Voraussetzung ist jedoch, daß "eine objektiv rechtswidrige Baugenehmigung oder ihre Ausnutzung die vorgegebene Grundstückssituation nachhaltig verändert und dadurch den Nachbarn schwer und unerträglich trifft." <sup>2)</sup>

Damit ist das BVerwG von dem bis dahin beschrittenen Weg abgewichen, das bestimmte Gesetz, dessen Verletzung im Einzelfall in Betracht kam, zu überprüfen, ob es zum Schutz des Klägers zu dienen bestimmt war und ihm damit eine subjektive Rechtsposition einräumte.<sup>3)</sup>

Nicht mehr allein die Feststellung derart spezifischer subjektiver Rechte eröffnet die Möglichkeit, sekundär einen Eingriff in das Eigentum des Nachbarn zu konstatieren, vielmehr wird - unabhängig von der vom Gesetzgeber gewollten Zielrichtung bestimmter Normen - mit Rücksicht auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG ein Nachbarschutz anerkannt.

### 3. VAmD im Gewerberecht

a) Nach §§ 16 ff GewO bedürfen bestimmte Anlagen, die Belästigungen oder Gefahren für die Besitzer oder Bewohner benachbarter Grundstücke mit sich bringen können, einer gewerberechtlichen Anlagegenehmigung. Dabei handelt es sich um eine Präventivkontrolle, damit bei erfahrungsgemäß stark emittierenden Betrieben schon vor ihrer Errichtung zugunsten der Anwohner - und der Allgemeinheit - Schutzmaßnahmen getroffen werden.

Durch die ausdrückliche Einbeziehung der Nachbarn in diese vorbeugende Kontrolle und aus der Tatsache, daß den Nachbarn mit der Sachkonzession bestimmte Duldungspflichten, § 26 GewO, auferlegt werden, sind die Vorschrif-

---

1) BVerwG Urte. v. 16. 4. 1971 DÖV 71, 639 = DVBL 71, 746 u. Urte. v. 3. 3. 1972 DÖV 72, 825; Urte. v. 13. 6. 1969 DVBL 70, 60; Urte. v. 13. 6. 1969 BVerwGE 32, 173; Hess. VGH Beschl. v. 2. 11. 70, BauR 71, 110; OVG Mstr. Urte. v. 12. 4. 1972 BauR 72, 210; VGH Hannover Urte. v. 7. 11. 1969 DVBL 71, 767; OVG Lüneburg Urte. v. 14. 9. 1971 BauR 72, 206, 228; OVG Koblenz Urte. v. 27. 5. 1970 AS 11, 385

2) BVerwG v. 3. 3. 1972 (Urte.) a. a. O.

3) vgl. auch Friauf Jur. Analysen 1969 (ÖR) S. 9; so bereits BVerwG Urte. v. 18. 12. 1959 BVerwGE 10, 91 (Klagebefugnis einer Kirchengemeinde gegen eine Gaststättenerlaubnis aus Art. 4 GG); gegen diese Möglichkeit Men-ger Verw. Arch. 51 (1960), 385 einschränkend schon Verw. Arch. 55 (1964), 84

ten der §§ 16 ff GewO nachbarschützend <sup>1)</sup>, wobei der Schutz der Interessen der Nachbarn nur so weit geht, als es sich um "erhebliche Nachteile" u. s. w. im Sinne des § 16 I 1 GewO handelt, womit der spezifische Schutzzweck dieser Norm beachtet werden muß, der nur auf Schutz vor Immissionen beschränkt ist. <sup>2)</sup> Dieser zwingende Nachbarschutz folgt auch bereits aus der Wirkung der Genehmigung, die durch die Auferlegung der gesteigerten Duldungspflichten die privatrechtlichen Verhältnisse mitgestaltet <sup>3)</sup> und zu Lasten des Nachbarn durch § 26 GewO die zivilrechtlichen Abwehransprüche einschränkt. Diese Einschränkung ist nur zulässig, wenn gleichzeitig die Geltendmachung der Rechte in anderer Form möglich ist wie dies §§ 16 ff GewO gebietet. Die Behörde hat daher im Genehmigungsverfahren die von Dritten eingebrachten Einwände gem. § 19 II GewO zu beachten und gegenüber den öffentlichen Interessen und denen des Unternehmers abzuwägen. <sup>4)</sup>

- 1) herrschende Meinung BVerwG Urt. v. 24. 10. 1967 BVerwGE 28, 131 ff = NJWE 67, 2325 = DVBL 68, 35 mit Anm. Schrödter; u. Urt. v. 16. 4. 1971 DVBL 71, 746; Menger/Erichsen Verw. Arch. Bd. 59, 1968, 175 ff; Bender-Dohle Nachbarschutz Rdn. 357 ff VGH Bad.-Württ. Beschl. v. 4. 8. 1972 GewArch. 72, 324 = DÖV 72, 864  
a. A. Sellmann NJW 64, 1545 u. DVBL 63, 273, der die öffentl. -rechtl. Nachbarklage grunds. ablehnt.
- 2) andere Einwirkungen z. B. häßlicher Anblick, Lichtentzug etc. werden nicht durch § 16 GewO erfaßt (arg. § 25 III i. V. m. § 25 II GewO; 26 GewO); vgl. BVerwG Urt. v. 24. 10. 1967 a. a. O.; OVG Münster Beschl. v. 16. 1. 1971 - IV B 633/70 -, sowie Beschl. v. 1. 4. 1971 DVBL 71, 830; für die Abwehr von Baulärm; Schulte, Eigentum, S. 157 ff; da die Genehmigung nach § 16 GewO auch d. Baugenehmigung einschließt, können selbstverständlich auch Verstöße gegen bauordnungs- oder bauplanungsrechtliche Vorschriften geltend gemacht werden; z. B. OVG Münster Urt. v. 25. 8. 1971 BB 72, 65.
- 3) BVerwG Urt. v. 24. 10. 1967 a. a. O. Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler GewO § 26 Rdn. 3; Schulte a. a. O. S. 153 ff (155)
- 4) Vgl. Reuß § 19 GewO Anm. IV; Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler § 18 GewO Rdn. 7  
obwohl in § 18 die Nachbarn im Gegenteil zu § 16 Abs. 1 u. § 25 Abs. 2 u. 3 nicht ausdrücklich genannt sind, hat die Behörde deren Interessen auch von Amts wegen zu beachten, da die nachteiligen Auswirkungen naturgemäß gerade die benachbarten Grundstücke treffen, die Vorschrift daher auch deren Interessen schützen muß; vgl. auch BVerwG Urt. v. 24. 10. 1967 a. a. O.

Nachbarschützende Wirkung haben auch die § 25 Abs. 1 und Abs. 3 <sup>1)</sup> sowie § 24 GewO in Verbindung mit den dazu erlassenen Rechtsverordnungen. <sup>2)</sup> In § 25 I und III GewO sind, wie in § 16 I GewO, die "Besitzer oder Bewohner der benachbarten Grundstücke" ausdrücklich als Schutzsubjekte erwähnt, während bei § 24 Abs. 1 GewO in erster Linie der Gedanke des Arbeitsschutzes im Vordergrund steht. Gleichwohl entfaltet § 24 GewO daneben auch Schutzwirkungen zugunsten der betroffenen Nachbarn, die sich jedoch nicht direkt aus § 24 Abs. 1 GewO ergeben, sondern aus den auf § 24 Abs. 1 Nr. 1 - 4 gestützten Rechtsverordnungen, die im einzelnen den Schutzzweck bestimmen <sup>3)</sup> und auch über den eigentlichen Immissionsschutz hinausgehen können.

b) Im Bereich des Wasserrechts zeigen Rechtsprechung und Schrifttum eine stärkere Betonung der nachbarschützenden Wirkung von wasserrechtlichen Vorschriften. <sup>4)</sup>

Nach dem Wasserhaushaltsgesetz (WHG) vom 27. 7. 1957 besteht eine öffentlich-rechtliche auf Nutzung beschränkte Sachherrschaft, gegenüber der das Privateigentum insoweit zurücktritt, als es mit der öffentlich-rechtlichen Zweckbindung unvereinbar ist. <sup>5)</sup> Das Recht zur wasserwirtschaftlichen Betätigung ist daher nicht Inhalt des Eigentums am Gewässergrundstück <sup>6)</sup>, sondern das Recht, Benutzungen im Sinne des § 3 WHG vorzunehmen, stellt eine Sondernutzung im Sinne des öffentlichen Sachenrechts dar. <sup>7)</sup>

- 1) Bender-Dohle a. a. O. Rdn. 380, 385; Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler GewO § 25 Rdn. 34; Reuß a. a. O. § 25 GewO Anm. VII 3 c; BVerwG Urt. v. 18. 8. 1960 DVBL 61, 125
- 2) Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler § 24 GewO Rdn. 3; Reuß a. a. O. § 24 GewO Anm. II 1
- 3) AufzugsVO v. 28. 9. 1961 (BVBL I 1763); d. F. der VO v. 6. 10. 1965 (BGBl I, 1576 und der 1. Änd. VO v. 20. 6. 1967 (BGBl I, 605); DampfkesselVO v. 8. 9. 1965 (BGBl I, 881); DruckgasVO v. 20. 6. 1968 (BGBl I, 730); Verordnung über brennbare Flüssigkeiten - VbF v. 18. 2. 1960 (BGBl I, 83) i. d. F. v. 5. 6. 1970 (BGBl I, 773)
- 4) vor allem das Urt. des BVerwG v. 7. 6. 1967 BVerwGE 27, 176 betr. das Thermalbad Füssing; mit Anm. Dellian DVBL 68, 33; derselbe NJW 67, 520; Weidemann DVBL 66, 474; VGH München Urt. v. 14. 11. 1969 Bay VBL 70, 258; BGH Urt. v. 27. 4. 1970 Vers. R. 70, 625; VGH Bad-Württ. Urt. v. 20. 1. 1971 DÖV 72, 134
- 5) h. M. Sievers, Wasserrecht, Einl. I, S. 5; Sieder-Zeitler, Komm. z. WHG § 6 Rdn. 2 BGHZ 9, 383; 21, 327. a. A. Dellian NJW 67, 520 einschränkend auch Schulte, Eigentum, S. 249 ff
- 6) so aber Dellian NJW 67, 520 ff und DVBL 69, 303 (305)
- 7) Sieder-Zeitler, WHG, Vorbem. Rdn. 9 f m. w. N.; Bender-Dohle a. a. O. Rdn. 316 f; einschränkend Schulte, Eigentum, S. 247 ff (260 f)

aa) Zu unterscheiden ist bei der Beantwortung der Frage, ob Vorschriften des Wasserrechts auch Dritte schützen, zwischen der Bewilligung (§ 8 WHG) und der Erlaubnis (§ 7 WHG). Während die Erlaubnis gem. § 7 WHG widerrufen werden kann, gewährt die Bewilligung eine Bestandsgarantie dahin, daß die dadurch verliehene Rechtsposition nur in Ausnahmefällen (§ 12 II WHG) eingeschränkt oder entzogen werden kann. Sie verschafft damit dem Empfänger gegenüber dem privaten Dritten eine Ausübungsgarantie<sup>1)</sup>, (§ 11 I WHG). Durch die Bewilligung, die somit den Rechtskreis des Antragstellers erweitert, kann in die Rechtssphäre eines Dritten eingegriffen werden. Die Behörde hat gem. § 8 Abs. 3 S. 1 WHG<sup>2)</sup> auch die Rechte anderer bei der Bewilligungserteilung zu beachten, was auch schon aus dem förmlicheneteiligungsverfahren gem. § 9 S. 2 und § 10 WHG folgt. Im Bewilligungsverfahren stellt § 8 Abs. 3 S. 1 WHG somit ein Schutzgesetz zugunsten Dritter dar, die in diesem Rahmen verletzte Rechte geltend machen können<sup>3)</sup>, wobei jedoch aus § 8 Abs. 3 S. 1 WHG nicht selbst das verletzte subjektive-öffentliche Recht des Betroffenen folgt, sondern sich diese Rechte aus anderen Vorschriften ergeben müssen.<sup>4)</sup> Der drittschützende Charakter der §§ 8 III und IV in Verbindung mit §§ 2 WHG sowie §§ 9 S. 2; 10 WHG bezieht sich auf die Beachtung und Abwägung der Rechte Dritter.

Diese Schutzfunktion muß den §§ 8 III und IV WHG bereits mit Rücksicht auf § 11 I WHG zukommen. Genauso wie gem. § 26 GewO die Betroffenen nach erteilter Genehmigung nicht mehr - zivilrechtlich - auf Einstellung des Betrie-

- 
- 1) Bender-Dohle a. a. O. Rdn. 307
  - 2) auch die gem. § 8 Abs. 4 WHG landesrechtlich zu bestimmenden geschützten Interessen Dritter; vgl. z. B. § 17 WasserG NRW
  - 3) Sieder-Zeitler a. a. O. § 8 Rdn. 27 ff; BVerwG Urt. v. 7. 6. 1967 a. a. O.; Dellian DVBL 68, 32 (33/34); Bender-Dohle a. a. O. Rdn. 310, 311
  - 4) z. B. aus Art. 14 GG; so bereits BVerwG Urt. v. 11. 11. 70 BVerwGE 36, 248; darauf stützt auch der VGH Bad-Württ. Urt. v. 20. 1. 1971 a. a. O. seine Entscheidung, wenn er ausführt ... "weil er durch das Vorhaben in seiner geschützten Rechtsstellung als (Wohnungs)Eigentümer beeinträchtigt erscheint"; oder auch wasserrechtlich bewilligte Gewässeremutzungsrechte; gem. § 15 WHG gleichgestellte Rechte oder auch nachbarschützende Vorschriften des Baurechts. Sieder-Zeitler § 8 WHG Rdn. 10 und 13; wohl auch Schulte, Eigentum, S. 272 f; Sievers, § 8 WHG Anm. 8 m. w. N. vgl. auch neuestens Urt. BVerwG v. 20. 10. 1972 DVBL 73, 217 wonach die das Verfahren zur Erteilung einer Erlaubnis oder Bewilligung regelnden Vorschriften des WHG keine nachbarschützende Funktion haben.

bes klagen können, sind durch § 11 I WHG derartige Ansprüche ausgeschlossen.<sup>1)</sup>

Ein Ausschluß dieser Rechte ist aber nur gerechtfertigt, wenn die Betroffenen Einwände vorher geltend machen können und diese Einwände bei der Entscheidung über die Bewilligung zu berücksichtigen und abzuwägen sind.

bb) Im Gegensatz zur Bewilligung enthält die Erlaubnis keine Bestandsgarantie; auch sind die Betroffenen nicht gehindert, zivilrechtlich gegen die Erlaubnis vorzugehen. Aus diesem Grunde wird vielfach vertreten, die Erlaubnis greife nicht in Rechte Dritter ein, eine Belastung liege nicht vor.<sup>2)</sup> Dabei wird jedoch übersehen, daß die Landeswassergesetze durchaus eine Beteiligung der Betroffenen auch im Erlaubnisverfahren vorsehen und diese Einwendungen vorbringen können.<sup>3)</sup> In diesen Fällen wird § 8 Abs. 3 WHG, zum Teil auch § 11 WHG, für entsprechend anwendbar erklärt. Dadurch wird die Erlaubnis ebenso wie die Bewilligung an bestimmte Voraussetzungen gebunden und die Einwendungen der Betroffenen werden beachtlich, die das Wasserrecht zum Schutz der Betroffenen gegen nachteilige Einwirkungen von Gewässerbenutzungen zulassen. Diese landesrechtlichen Vorschriften enthalten daher ebenso wie § 8 Abs. 3 WHG eine drittschützende Wirkung.<sup>4)</sup> Werden dagegen die Betroffenen weder

- 
- 1) Eine zivilrechtliche Klage wäre - nach Bestandskraft des Bewilligungsbescheides - gem. § 11 WHG unbegründet. a. A. Sievers DVBL 62, 193 (189) der Unzulässigkeit annimmt; vgl. zum Schutzbereich des § 11 WHG für den Inhaber der Bewilligung auch BGH Urt. v. 27. 4. 1970 Vers. R. 70, 625
  - 2) OVG Münster Urt. v. 10. 11. 1966 OVG 23, 27 ff  
Wiedemann DVBL 66, 474 ff; Sieder-Zeitler a. a. O. § 7 WHG Rdn. 9; Dellian DVBL 68, 32 (35) derselbe DVBL 69, 303 (309); vgl. jedoch VGH Bad.-Württ. Urt. v. 20. 1. 1971 a. a. O. ;
  - 3) §§ 16, 13 I Nr. 1 Bad.-Württ. WG; § 15 I RhPfWG; § 13 I Saarl. WG; § 11 Schl. H. WG; § 16 I BlnWG, wonach für diese wasserrechtliche Erlaubnis auch § 11 WHG entsprechend anzuwenden ist; § 16 I und III BayWG, der für die angehobene Erlaubnis den betroffenen Dritten einen Unterlassungsanspruch versagt.
  - 4) VGH Bad.-Württ. Urt. v. 20. 1. 1971 a. a. O. ; Bender-Dohle a. a. O. Rdn. 327; entscheidend kann nicht sein, daß die Bewilligung unbeschadet privater Rechte Dritter ergeht, dies zeigt das Beispiel der Baugenehmigung; ausschlaggebend für eine Belastung des Dritten in einer geschützten Rechtsposition muß die Frage sein, ob die Normen des (Landes)Wasserrechts auch eine für den Dritten schützende Wirkung haben, die sich dann zwingend ergibt, wenn dem Dritten die Geltendmachung seiner Rechte

am Erteilungsverfahren beteiligt noch ihre Rechte verkürzt <sup>1)</sup>, so ist kein Grund ersichtlich, diesen Vorschriften nachbarschützende Wirkung beizulegen. Zum einen steht dem Betroffenen unbeschränkter zivilrechtlicher Schutz zur Seite, zum anderen lassen die Vorschriften keine Verpflichtung der Behörde erkennen, mögliche oder zu erwartende Auswirkungen zu Lasten der Betroffenen überhaupt zu berücksichtigen. <sup>2)</sup>

### c) Gaststättenrecht

Das Gaststättengesetz <sup>3)</sup> ist als besonderer Teil des Gewerberechts in erster Linie Sicherheitsrecht. Daraus ergibt sich, daß es vor allem dem Schutz der Allgemeinheit dient, also öffentliche Interessen verfolgt. Daneben zeigt aber die Auslegung einiger Vorschriften, sowie die Erwähnung "der Bewohner der Nachbargrundstücke" <sup>4)</sup> eine nachbarschützende Tendenz. So können dem Inhaber einer Gaststättenerlaubnis gem. § 5 I Nr. 3 GastG jederzeit Auflagen nicht nur zum Schutz der Allgemeinheit, sondern auch zum Schutz der Bewohner der Nachbargrundstücke vor erheblichen Gefahren, Nachteilen oder Belästigungen erteilt werden; entsprechendes gilt für § 5 II GastG. Die ausdrückliche Erwähnung der Nachbarn, die nicht nur als Repräsentanten der Allgemeinheit aufgeführt sind und ihre besondere Position - sie sind den Störungen der Gastwirtschaft in erster Linie ausgesetzt und können sich diesen praktisch nicht entziehen - ergibt einen vom Gesetzgeber gewollten zwingenden Schutz der Nachbarn vor Störungen, die vom Betrieb der Gaststätte ausgehen. <sup>5)</sup>

Fortsetzung der Fn. 4) von S. 65:

abgeschnitten wird - so in Berlin und Bayern - oder die Behörde bei Erlaubniserteilung die Einwendungen Dritter zu beachten hat; einschränkend Dellian DVBL 68, 35, der nur im Fall der Ausschlußwirkung entspr. § 11 WHG einen Eingriff in die Rechtssphäre des Dritten annimmt und daher nur diesen Vorschriften nachbarschützende Wirkung zukommen läßt.

- 1) § 15 NRWG, ebenso §§ 10 u. 28 BremWG; § 17 Hambg. WG
- 2) im Ergebnis auch Bender-Dohle a. a. O. Rdn. 328; für § 15 NRWG OVG Münster Urt. v. 10. 11. 1966 OVG 23, 27 ff; Sievers § 7 WHG Anm. 3
- 3) Neufassung vom 5. 5. 1970 (BGBl I, 465)
- 4) § 5 I Nr. 3 GastG, der dem § 11 I b GastG a. F. entspricht
- 5) so bereits das BVerwG zu § 11 GastG a. F. Urt. v. 13. 1. 61 BVerwGE 11, 331, mit zustimm. Anm. Menger DVBL 61, 410; ablehnend Bettermann NJW 61, 1097. OVG Lüneburg Urt. v. 15. 4. 1959 DÖV 60, 143; OVG Münster Urt. v. 2. 3. 1961 ZMR 63, 26; Demme DVBL 67, 758 (760); Bender-Dohle a. a. O. Rdn. 401; zur Frage d. Verfassungsmäßigkeit des § 5 I Nr. 3 GastG vgl. BayObLG Urt. v. 24. 6. 1971 NJW 71, 1815 f

Ebenso ist die Vorschrift des § 18 I GastG in Verbindung mit der jeweiligen landesrechtlichen Sperrzeitverordnung nachbarschützend. <sup>1)</sup>

Wird dem Gastwirt eine Sperrzeitverkürzung gewährt, so liegt ein VAmDD vor, wenn diese Verkürzung den Gastwirt begünstigt und die Nachbarn beeinträchtigt. Die Nachbarn werden in dieser Vorschrift zwar nicht ausdrücklich erwähnt, doch ergibt sich bereits aus der Natur der Sache, daß die Beseitigung von Störungen - in erster Linie Lärm - dem Schutz der im Einwirkungsbereich dieser Lärmquelle lebenden Anwohner dient.

Fraglich erscheint dagegen, ob der Anwohner einer Gaststätte bereits gegen die Erteilung der Gaststättenerlaubnis unter Berufung auf § 4 GastG vorgehen kann, da gem. § 4 GastG die Erlaubnis u. a. dann zu versagen ist, wenn "der Gewerbebetrieb ... dem öffentlichen Interesse widerspricht, insbesondere erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die Allgemeinheit befürchten läßt". Aus dieser Formulierung läßt sich ein Schutzzweck für die Nachbarn nicht entnehmen, vielmehr sind die Nachbarinteressen im Rahmen der Allgemeininteressen zu berücksichtigen. <sup>2)</sup>

Eine derartige Anfechtungsmöglichkeit der Genehmigung selbst würde auch dem Sinn der Erlaubnis, auf deren Erteilung der Antragsteller bei Vorliegen der Voraussetzungen einen Anspruch hat, widersprechen, und die durch Art. 12 GG geschützte Gewerbefreiheit zugunsten im einzelnen noch nicht feststehender Störungen der Nachbarn einschränken. Der dem Nachbarn mit Rücksicht auf Art. 2 GG zuzubilligende Schutz vor Störungen wird gerade durch die §§ 5 I Nr. 3 und 18 GastG gewährleistet, so daß es eines individuellen Schutzes bei der Erlaubniserteilung nicht bedarf. <sup>3)</sup>

- 1) BVerwG Urt. v. 13. 1. 1961 a. a. O. für § 14 GastG a. F.; Urt. v. 21. 7. 1964 Gew. Arch. 64, 232; OVG Lüneburg Urt. v. 26. 8. 1970 NJW 71, 1149; VGH Mannheim Beschl. v. 15. 7. 70 NJW 70, 2228, OVG Münster Urt. v. 12. 1. 1972 NJW 72, 1069; Bender-Dohle a. a. O. Rdn. 402; Demme a. a. O.
- 2) so bereits für das GastG a. F. BVerwG Urt. v. 18. 12. 1959 BVerwGE 10, 91 und Urt. v. 13. 1. 1961 a. a. O.; Demme DVBL 67, 761; Bender-Dohle a. a. O. Rdn. 397.

Die im Reg. Entwurf (Bundestagsdrucksache V/205, 5. Wahlperiode) enthaltene Formulierung, daß die Erlaubnis zu versagen ist, wenn ... "insbesondere erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die Bewohner des Betriebsgrundstückes oder der Nachbargrundstücke oder für die Allgemeinheit befürchten läßt", wurde in der Gesetz gewordenen Fassung des § 4 I Nr. 3 GastG nicht aufgenommen.

- 3) dagegen kann der Nachbar die Genehmigung mit anderen Schutzvorschriften z. B. bauplanungsrechtlichen, gesundheitsrechtlichen, angreifen.

#### 4. VAmD im Wirtschaftsrecht

##### a) Berufszulassungsrecht

Im Bereich des Berufszulassungsrechts ist seit langem grundsätzlich anerkannt, daß die Erteilung einer berufs- oder gewerberechtlichen Erlaubnis sowohl von bereits früher zugelassenen Konkurrenten als auch von übergangenen Mitbewerbern angefochten werden kann. <sup>1)</sup> Als wichtigster Fall sei hier auf das PBefG eingegangen.

Das PBefG unterwirft die entgeltliche oder geschäftsmäßige Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, Obussen und Kraftfahrzeugen einer Genehmigungspflicht.

Die Voraussetzungen zur Erteilung dieser Genehmigung ergeben sich aus § 13 PBefG, wobei insbesondere in den im § 13 Abs. 2 Nr. 2 a - c aufgezählten Versagungsgründen auch darauf abzustellen ist, ob eine befriedigende Verkehrsbedienung bereits mit den Mitteln der vorhandenen Unternehmer gegeben ist. Im Rahmen des unbestimmten Rechtsbegriffs der "öffentlichen Verkehrsinteressen" muß danach auch die Leistungsfähigkeit der schon tätigen Unternehmen berücksichtigt werden.

Daraus hat die h. M. <sup>2)</sup> geschlossen, daß diese Vorschrift auch zum Schutz der vorhandenen Unternehmer vor ruinösem Wettbewerb dient. Da die Zulassung ei-

---

Fortsetzung der Fn. 3) von S. 67:

vgl. auch Urt. des BVerwG v. 18. 12. 1959 BVerwGE 10, 91 mit abl. Anm. Menger Verw. Arch. S. 1 (1960), 384, wonach die Erteilung einer Schankerlaubnis eine unmittelbar benachbarte Kirchengemeinde in ihren Rechten am Art. 4 GG beeinträchtigen kann.

- 1) vgl. für die ältere Rechtsprechung ausführlich Laubinger a. a. O. S. 72 ff; BVerwG Urt. v. 25. 10. 1968 BVerwGE 30, 347 mit Anm. Friauf DVBL 69, 368 ff und Urt. v. 6. 12. 1968 BVerwGE 31, 133 zu § 13 II PBefG; Siegmund-Schultze DVBL 64, 950; Fromm DVBL 62, 801 ff OVG Lüneburg Urt. v. 13. 10. 1954 OVG 8, 493 zur Erteilung d. Milchhandelserlaubnis nach dem MilchG v. 31. 7. 1930;

OVG Lüneburg Urt. v. 26. 11. 1952 - IV OVG A 633/51 u. zum Zulassungsverfahren um eine Kassenarztstelle, zitiert bei Fromm Verw. Arch. 56 (1965), 37, ebenso BSG Urt. v. 3. 7. 1957 BSGE 5, 238 Haueisen NJW 57, 90 f u. NJW 64, 2037 f.

- 2) BVerwG Urt. v. 25. 10. 1968 a. a. O.; auch Urt. v. 17. 1. 1969 DVBL 71, 185; Fromm DVBL 62, 802; OVG Münster Beschl. v. 14. 9. 1965 Städtetag 65, 560 m. Anm. Fromm;

nes Konkurrenten auf derselben Strecke den bereits vorhandenen Unternehmer in seinen durch § 13 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 4 PBefG geschützten Rechten verletze, sei er berechtigt, die Erlaubnis anzufechten.

Dieser Auffassung ist im Ergebnis zuzustimmen. Die insbesondere von Friauf <sup>1)</sup> geltend gemachten Bedenken vermögen nicht zu überzeugen. Richtig ist, daß Zulassungsbeschränkungen im Hinblick auf Art. 12 GG nicht einen Konkurrentenschutz bezwecken dürfen <sup>2)</sup>, auch nicht als Nebenwirkung. Die verfassungsrechtliche zulässige Einschränkung dahin, daß eine derartige Beschränkung dann zulässig sein kann, wenn durch ruinösen Wettbewerb ein überragendes Gemeinschaftsgut mit höchster Wahrscheinlichkeit ernstlich gefährdet würde <sup>3)</sup>, zeigt lediglich, daß eine Beschränkung allein auf öffentliche Belange abzustellen hat, wobei sich auch eine objektive Schutzwirkung zugunsten der vorhandenen Unternehmen ergibt.

Dies erkennt auch das BVerwG in seinem Urteil vom 25. 10. 1968, in dem es feststellt: "Das alles zeigt, daß sich das PBefG im allgemeinen Interesse den Schutz der vorhandenen Unternehmer vor ruinösem Wettbewerb besonders angelegen sein läßt".

Aus der im Interesse der Allgemeinheit erlassenen, dem vorhandenen Unternehmer objektiv günstigen Zulassungsbeschränkung, läßt sich ein subjektives Recht auf Schutz vor Konkurrenz unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerfG nicht direkt ableiten. <sup>4)</sup>

Mit Rücksicht auf Art. 14 GG, der auch den Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes umfaßt, ergibt sich jedoch eine andere Betrachtung.

#### Fortsetzung der Fn. 2) von S. 68:

zur ähnlichen Problematik bei der einstweiligen Erlaubnis gem. § 20 PBefG vgl. ausführl. Siegmund-Schultze DVBL 64, 950 ff m. w. N. u. Fromm Städtetage 66, 639; zu der Rspr. zum PBefG vom 4. 12. 1934 i. d. F. vom 6. 12. 37 vgl. Laubinger a. a. O. S. 74 m. w. N., sowie BVerwG Urt. v. 20. 11. 1959 BVerwGE 9, 340

- 1) DVBL 69, 368
- 2) BVerfG Beschl. v. 11. 6. 1958 BVerfGE 7, 377 (408) u. Beschl. v. 8. 6. 1960 BVerfGE 11, 168 (188) = NJW 60, S. 15; Friauf a. a. O. S. 370; Reuß, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 25
- 3) BVerfG Beschl. v. 11. 6. 1958 a. a. O.
- 4) so auch Friauf Jur. Analysen 1969 (ÖR), 60; derselbe DVBL 69, 368 ff; Ule § 42 Anm. III 6; einschränkend Siegmund-Schultze a. a. O. für § 20 PBefG; vgl. auch BVerwG Urt. v. 28. 6. 1963 BVerwGE 16, 187 ff u. OVG Lüneburg Urt. v. 27. 4. 1962 VwRspr 15, 708 zur Klagebefugnis der vorhandenen Kraftdroschkenunternehmer u. Bewerber

Gemäß § 21 PBefG wird dem Unternehmer eine Betriebspflicht auferlegt, nach § 22 PBefG eine Beförderungspflicht. Dieser besonderen Pflichtenstellung muß billigerweise eine Rechtsstellung entsprechen, die es dem Unternehmer ermöglicht, sein Unternehmen vor Beeinträchtigungen zu schützen, die die Erfüllung der ihm auferlegten Pflicht unzumutbar machen würde. <sup>1)</sup> Legt der Staat durch die Verleihung der Konzession dem Unternehmer eine besondere Pflicht auf, so muß er diesem Betrieb mit Rücksicht auf Art. 14 GG auch einen besonderen Schutz angedeihen. Die Zulassung eines weiteren Unternehmens hat daher auch unmittelbare Auswirkungen <sup>2)</sup> auf den Gewerbebetrieb der bereits vorhandenen. Der objektiven Schutzwirkung entspricht somit ein subjektives-öffentliches Recht.

#### b) Subventionsrecht

In seiner grundlegenden Entscheidung vom 30. 8. 1968 <sup>3)</sup> hat das BVerwG auch den Schutz der Konkurrenten gegen eine Verschiebung der wettbewerblichen Ausgangslage durch Subventionen bejaht, wobei es die geschützte Rechtsposition aus Art. 2 GG ableitete, "denn die Freiheit der Entfaltung der Persönlichkeit umfaßt auch den grundrechtlichen Anspruch, durch die Staatsgewalt nicht mit einem Nachteil belastet zu werden, der nicht in der verfassungsmäßigen Ordnung begründet ist." <sup>4)</sup> Gleichwohl stellt das BVerwG in seiner Begründung nicht allein auf Art. 2 I GG ab, sondern in erster Linie auf die durch Art. 3 I GG geschützte wirtschaftliche Chancengleichheit. <sup>5)</sup> Zwar wird nach überwie-

- 
- 1) darauf hat bereits Fromm Verw. Arch. 56 (1965) S. 26 (40 f) hingewiesen
  - 2) vgl. allgemein zum Begriff der Unmittelbarkeit Bender, Staatshaftungsrecht, Rdn. 39; Wagner NJW 67, 2333; Schack DÖV 65, 616
  - 3) BVerwGE 30, 191 = DVBL 69, 366 = NJW 69, 522 mit Anm. v. Scholz NJW 69, 1044 ff, Selmer NJW 69, 1266 ff; Schmidt BB 69, 653 ff; Friauf DVBL 69, 368 ff; Mössner Jus 71, 131 allgemein Rüber NJW 71, 2097 ff; Thiele DÖV 69, 145 ff
  - 4) BVerwG Urt. v. 30. 8. 1968 a. a. O.; danach stellt auch die Subvention einen VAmD zum Nachteil des Konkurrenten dar; so bereits Hamann DVBL 63, 486 ff (489) Götz, Recht auf Wirtschaftssubventionen, 1966 S. 263 f m. w. N.; Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, 1954 S. 42; a. A. Schlichter DVBL 66, 738 ff
  - 5) darauf weisen mit Recht Scholz a. a. O. u. Friauf a. a. O. hin; vgl. auch Bellstedt DÖV 61, 161 (167); Mühl DÖV 67, 224 (229)

gender Meinung <sup>1)</sup> durch Art. 2 I GG auch die Wettbewerbsfreiheit geschützt, die ein selbständiges Schutzrecht für den Einzelnen darstellt. <sup>2)</sup>

Eine Verzerrung des Systems der Wettbewerbsfreiheit kann für den einzelnen nur dann einen Rechtsanspruch auslösen, wenn über dieses Ordnungssystem hinaus ein bestimmtes Recht <sup>3)</sup> des einzelnen beeinträchtigt wird, das zu einer Einschränkung des freien Wettbewerbs führt. Da diese Einschränkung sich nur in Relation zu den Mitbewerbern manifestiert, ergibt sich der Rechtsanspruch aus einer durch Art. 3 I GG verbotenen gleichheitswidrigen Bevorteilung dieses Mitbewerbers. <sup>4)</sup> Die chancenungleiche Subvention berührt die ungehinderte wettbewerbliche Ausübung der allgemeinen Wirtschaftsfreiheit, das materielle Abwehrrecht stellt jedoch Art. 3 I GG dar, in dem der Konkurrent sich darauf berufen kann, daß er in seiner wirtschaftlichen Chancengleichheit verletzt sei. <sup>5)</sup> Ist der Mitbewerber in seinem verfassungsmäßigen Recht auf Gleichbehandlung (hier in der besonderen Form der wirtschaftlichen Chancengleichheit) verletzt, so liegt darin eine Belastung, die ihm ein Abwehrrecht aus Art. 3 I GG zur Seite stellt, ohne daß es einer Rückführung auf Art. 12 oder 14 GG bedarf. <sup>6)</sup> Die Wettbewerbsfreiheit wird so über einen Verstoß gegen Art. 3 I GG verletzt. Man wird eine Verletzung des Art. 2 I GG nur über die Ausfüllung dieser Norm durch Art. 3 I GG erreichen. <sup>7)</sup>

- 
- 1) vgl. Maunz-Dürig-Herzog Art. 2 I Rdn. 48, 52 m. w. N.; Bellstedt a. a. O.; BVerwG Urt. v. 19. 12. 1963 BVerwGE 17, 306 (309) auch Laubinger a. a. O. S. 88 f; Götz a. a. O.; Reuß a. a. O. S. 45 m. w. N.
  - 2) so ausdrücklich BVerwG Urt. v. 19. 12. 1963 a. a. O. u. Urt. v. 17. 1. 1958 BVerwGE 6, 134 (141)
  - 3) darauf weist mit Recht Scholz a. a. O. hin, der jedoch diese Rechte nur aus Art. 12 und 14 GG ableiten will.
  - 4) so bereits BVerwG Urt. v. 20. 7. 1954 BVerfGE 4, 7 (17 f) und Urt. v. 6. 5. 1964 BVerfGE 18, 1; Friauf DVBL 69, 371; Laubinger a. a. O.; mit Einschränkung auch Selmer a. a. O.; auch Reuß a. a. O. S. 16
  - 5) so auch bereits BVerwG Urt. v. 11. 3. 1966 BVerwGE 23, 347; (Privatschulsubvention); Urt. v. 11. 12. 1964 MDR 65, 327 zur landwirtschaftlichen Subvention
  - 6) so aber Scholz a. a. O.; dagegen mit Recht Selmer a. a. O.
  - 7) neuerdings geht das BVerfG dazu über, nicht nur auf die Verletzung spezieller Grundrechtsnormen allein abzustellen, sondern den Schutzbereich dieser Normen durch Einbeziehung des Art. 3 GG oder des Sozialstaatsprinzips gleichsam auszufüllen. In diesem Sinne ist der Entscheidung des BVerwG zuzustimmen.  
vgl. BVerfG Urt. v. 18. 7. 1972 BVerfGE 33, 303 ff (numerus-clausus - Ur-

c) In einer versicherungsrechtlichen Entscheidung <sup>1)</sup> hat das BVerwG eine Belastung des Dritten durch die Genehmigung des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen <sup>2)</sup> für eine von den Versicherungsgesellschaften beschlossene Prämienerrhöhung verneint. Zur Begründung führte das BVerwG an, daß sich diese Genehmigung nur mittelbar gegenüber dem Versicherungsnehmer auswirke, da mit dieser Genehmigung erst die Befugnis der Unternehmen zur Prämienerrhöhung eingeräumt werde. Zwar seien in § 8 Abs. 1 Nr. 2 VAG "die Belange der Versicherten" zu berücksichtigen, daraus folge aber nur, daß die Belange der Gesamtheit der Versicherten zu wahren sind, ein subjektives öffentliches Recht ~~des~~ einzelnen ergebe sich daraus nicht.

Diese Entscheidung scheint jedoch in Widerspruch zu den früheren Entscheidungen des BVerwG zum Kündigungsschutz eines Arbeitnehmers nach dem Schwerbeschädigtengesetz <sup>3)</sup> und nach dem Mutterschutzgesetz <sup>4)</sup> sowie zu § 29 Wohnungsbaugesetz <sup>5)</sup> zu stehen. In all diesen Fällen handelt es sich jeweils um einen VA, der sich erst über den Umweg einer durch den VA ermöglichten privatrechtlichen Erklärung auf den Adressaten dieser Erklärung auswirkt und ihn so-

Fortsetzung der Fn. 7) von S. 71:

- teil) mit Anm. v. Mutius, Verw. Arch. 64 (1973), 183; sowie Urt. v. 16. 3. 1971 BVerfGE 30, 292 m. Anm. v. Mutius HRR VwR 1972, A 2 (D 6)
- 1) BVerwG Urt. v. 16. 7. 1968 BVerwGE 30, 135 m. zust. Anm. Fromm DVBL 69, 670 f
  - 2) gem. § 13 i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 Gesetz über die Beaufsichtigung d. privaten Versicherungsunternehmen u. Bausparkassen v. 6. 6. 1931 i. d. F. v. 5. 3. 1937 (RGL I S. 269) VAG
  - 3) BVerwG Urt. v. 28. 11. 1958 BVerwGE 8, 46 zu § 18 SchwBG; OVG Hamburg Urt. v. 6. 12. 1955 DÖV 56, 246; Fromm Verw. Arch. 56 (1966) 26 (44 f); Laubinger a. a. O. S. 82; Schröcker, Der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz, 1960 S. 117 ff; vgl. auch OVG Hamburg Urt. v. 11. 5. 1950 BB 1950, 537 zu § 16 Abs. 1 KSchG einerseits u. BAG Urt. v. 27. 2. 1958 NJW 58, 1156 andererseits
  - 4) BVerwG Urt. v. 10. 2. 1960 BVerwGE 10, 148; zu § 9 Abs. 2 S. 1 Mutt. SchG, Fromm a. a. O. S. 45; Laubinger a. a. O. S. 82; Friauf Jur. Analysen 1969 (ÖR) S. 61
  - 5) BVerwG Urt. v. 23. 4. 1954 BVerwGE 1, 104 u. Urt. v. 30. 6. 56 BVerwGE 3, 362; OVG Münster Urt. v. 22. 11. 1960 BBauBL 61, 133, Fromm a. a. O. S. 45; Laubinger a. a. O.  
vgl. auch BVerwG Urt. v. 7. 5. 1954 BVerwGE 1, 134 und vom 13. 3. 1957 BVerwGE 4, 317 zur Genehmigung der Kündigung des Kleingartenpachtvertrages nach § 1 Abs. 3 S. 1 KündigungsschutzVO; dazu auch Schröcker a. a. O. S. 117 u. 123, sowie allgemein zum VAmD im öffentlich-rechtlichen Kündigungsschutz S. 12 ff

dann belastet. Der VA begünstigt den Adressaten, indem er ihm die Rechtsmacht verleiht, bestimmte Maßnahmen, die wiederum den Dritten belasten, zu ergreifen. So erhält der Vermieter bei der Festsetzung einer Durchschnittsmiete gem. § 29 WohnungsbauG das Recht, die bereits vereinbarte Durchschnittsmiete zu erhöhen. Die Zustimmung zur Kündigung gem. § 18 SchwBG gibt dem Arbeitgeber die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis zu kündigen.

Diese VA wirken - ebenso wie bei der Genehmigung zur Prämienerrhöhung - erst "mittelbar" auf den Betroffenen. Die Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Auswirkung kann daher kein brauchbares Abgrenzungskriterium sein, vielmehr ist auch hier zu prüfen, ob die Genehmigungsbehörde die individuellen Belange des einzelnen zu beachten hat, d. h. die Norm dem einzelnen eine subjektive-öffentliche Rechtsmacht verleiht. <sup>1)</sup> Im Ergebnis ist der Entscheidung des BVerwG jedoch zuzustimmen.

Bei der Genehmigung zur Prämienerrhöhung ebenso wie bei der Zustimmung des Landesamtes zur Massenentlassung nach § 16 KSchG sind die Belange einer Gruppe zu beachten. Dagegen ist bei der Zustimmung zur Kündigung eines Schwerbeschädigten oder einer schwangeren Arbeitnehmerin insbesondere die Stellung des einzelnen, der durch diesen VA berührt wird, zu berücksichtigen;<sup>2)</sup> seine Interessen sind gegenüber denen des Arbeitgebers abzuwägen. Nicht allein die Tatsache, daß die Erteilung der Zustimmung sich auf die privatrechtliche Lage des Kündigungsgegners auswirkt, kann für das Vorhandensein eines subjektiven-öffentlichen Rechts ausreichend sein <sup>3)</sup>, sondern die Frage, ob die Behörde auch die speziellen Interessen des einzelnen zu wahren und zu beachten hat.

Im Rahmen der Genehmigung zur Prämienerrhöhung ebenso wie bei der Zustimmung zur Massenentlassung sind nur die Belange der Gesamtheit der jeweils Betroffenen zu beachten. Dies folgt schon daraus, daß die Interessenlage der Betroffenen verschieden, zum Teil sogar gegensätzlich ist. <sup>4)</sup> Der einzelne wird lediglich als Bestandteil der Gesamtheit erfaßt, wobei die Gesamtinteressen im Vordergrund stehen müssen. Ein subjektives-öffentliches Recht steht dem einzelnen danach nicht zu. <sup>5)</sup>

- 
- 1) so mit Recht Friauf a. a. O. S. 61; Laubinger a. a. O. S. 80 f; Schröcker a. a. O. S. 117 f
  - 2) BVerwG Urt. v. 28. 11. 1958 a. a. O., BGH Urt. v. 19. 9. 1963 VwRspr 16, 396 (401); Fromm a. a. O. S. 44/45 m. w. N.
  - 3) so aber im Ergebnis Schröcker a. a. O. S. 119; Rohwer-Kahlmann BB 52, 350
  - 4) BVerwG Urt. v. 16. 7. 1968 a. a. O.
  - 5) Fromm a. a. O. S. 44; der aber in DVBL 69, 670 f meint, daß die bisherige Rechtsprechung wegen des vom BVerwG eingeführten Begriffs der nur "mittelbaren Beeinträchtigung" zu überprüfen sei; ohne darauf einzuge-

## 5. Weitere Einzelfälle:

a) Der VGH Mannheim <sup>1)</sup> hat kürzlich in einer Entscheidung zum Ausländerrecht der deutschen Ehefrau das Klagerecht gegen die an ihren ausländischen Ehemann gerichtete Ausweisungsverfügung zugebilligt. Dagegen hat der Bayr. VGH <sup>2)</sup> in einem ähnlichen Fall der Ehefrau die Klagebefugnis abgesprochen. In beiden Fällen hatte sich die Ehefrau darauf berufen, die Ausweisung stelle einen unzulässigen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Ehe (Art. 6 I GG) dar. Der VGH Mannheim folgt damit der bereits im Urt. des BVerwG vom 18. 12. 1959 <sup>3)</sup> eingeschlagenen Linie, die Verletzung eigener Rechte nicht nur aus spezialgesetzlichen Vorschriften <sup>4)</sup>, sondern auch aus den Grundrechtsnormen selbst abzuleiten. <sup>5)</sup>

Ergibt sich aus einer spezialgesetzlichen Norm keine Schutzfunktion für den Dritten, zeigt aber der Rückgriff auf die Verfassung, daß dem Dritten ein Schutz zustehen muß, so folgt das subjektive-öffentliche Recht unmittelbar aus der grundgesetzlich verliehenen Rechtsposition. Da Art. 6 Abs. 1 GG einen Schutz sowohl vor Eingriffen des Staates, eine Institutsgarantie, wie auch eine wertentscheidende Grundsatznorm für das gesamte Ehe- und Familienrecht enthält <sup>6)</sup>, müssen

---

Fortsetzung der Fn. 5) von S. 73:

- hen, ob dem einzelnen auch ein aus dem Gesetz zu entnehmendes subjektives-öffentliches Recht zu entnehmen ist; dagegen auch Friauf a. a. O.; im Ergebnis a. A. Schröcker a. a. O.
- 1) Urt. v. 9. 3. 1970 NJW 70, 2178 = DVBL 71, 361; dabei handelt es sich jedoch nicht um einen VAmDD i. S. d. hier vertretenen Definition; da Adressat u. Dritter durch den VA belastet werden.
  - 2) Urt. v. 5. 11. 1969 BayVBL 70, 186, zu beiden Entscheidungen Schwarze DÖV 72, 273 ff, sowie Friauf Jur. Analysen 1969 (ÖR), 62
  - 3) BVerwGE 10, 91 Klagebefugnis einer Kirchengemeinde aus Art. 4 GG
  - 4) so auch noch Menger Verw. Arch. 51 (1960), 385; einschränkend derselbe Verw. Arch. 55 (1964), 84
  - 5) ebenso BVerwG Urt. v. 30. 8. 1968 BVerwGE 30, 191 (Subventionsfall); Urt. v. 14. 12. 1969 DVBL 69, 362 (Klagebefugnis der Gemeinde gegen eine Genehmigung nach dem LuftVerkG aus Art. 28 II GG); Urt. v. 13. 6. 1969 BVerwGE 32, 173; v. 15. 4. 1971 DVBL 71, 746 u. v. 3. 3. 1972 DÖV 72, 825 (Klagebefugnis des Nachbarn aus Art. 14 GG) Urt. v. 11. 11. 1970 MDR 71, 163 (Klagebefugnis des Unterliegers an einem Gewässer gegenüber Erlaubnissen an den Oberlieger aus Art. 14 GG) vgl. auch oben B V 3 d u. VI 1 a
  - 6) BVerfG Urt. v. 29. 7. 1968 BVerfGE 24, 119 (135) zuletzt Urt. v. 4. 5. 1971 NJW 61, 1509

die das Institut der Ehe berührenden Gesetze an Art. 6 Abs. 1 GG gemessen werden. <sup>1)</sup> Durch die Ausweisung werden die Eheleute an der Aufrechterhaltung des zur Ehe gehörenden gemeinsamen Wohnsitzes gehindert, wodurch in den durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Bestand der Ehe eingegriffen wird. Ob tatsächlich eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 GG vorliegt, - dies hat der VGH Bad. -Württ. verneint - hängt dagegen von der Beantwortung der Frage ab, ob grundsätzlich eine Folgepflicht der Ehefrau gegenüber dem Ehemann bejaht wird. <sup>2)</sup>

b) In einer weiteren personenrechtlichen Entscheidung hat der VGH Mannheim <sup>3)</sup> in Übereinstimmung mit der h.M. <sup>4)</sup> für den Fall der Namensänderung, dem Vater ein Klagerecht auch dann eingeräumt, wenn diesem nach der Scheidung das Personensorgerecht nicht zugesprochen wird. Die geschützte Rechtsposition ergibt sich dabei, worauf bereits Fromm hinwies <sup>5)</sup>, nicht aus dem durch § 12 BGB geschützten Namensrecht, sondern aus der familienrechtlichen Stellung, in die der Namensänderungsbescheid eingreift. <sup>6)</sup>

---

1) BVerfG Urt. v. 4.5.1971 a.a.O. (1510)

2) Vgl. dazu BVerfG Urt. v. 20.8.1970 DVBL 70,870 u. BVerfG Beschl. v. 1.3.1966 BVerfGE 19,394 sowie die Kritik von Stange ZRP 71,172 ff m.w.N.

3) Urt. v. 24.2.1970 NJW 70,1205

4) BVerfG Urt. v. 16.5.1957 BVerfGE 5,79, dazu auch Dörffler NJW 63,14 (16); Fromm a.a.O. S. 36; Laubinger a.a.O. S. 83/84; Friauf a.a.O. S. 62; OVG Münster Beschl. v. 20.6.1969 DÖV 70,65 für die unmittelbar beteiligten Familienangehörigen; dagegen nicht für andere Träger des Namens BVerfG Urt. v. 6.11.1959 DVBL 61,34; Menger Verw. Arch. 51 (1960) 269

5) a.a.O. S. 36

6) auch Friauf a.a.O.; VGH Mannheim Urt. v. 24.2.1970 a.a.O.

## VII. Begründetheit der Anfechtungsklage gegen einen VAmD

1. Nachdem der Kläger im Rahmen der Zulässigkeit seiner Klage sich darauf berufen hat, daß der VA seine Rechte verletze und die geltend gemachte Rechtsverletzung möglich erschien <sup>1)</sup>, muß diese Rechtsschutzbehauptung nun daraufhin überprüft werden, ob dem Kläger der geltend gemachte Anspruch tatsächlich zusteht (Aktivlegitimation) <sup>2)</sup>, d. h. der VA in seine Rechte eingreift. Außerdem muß diese Rechtsbeeinträchtigung rechtswidrig sein. (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO)

a) Das OVG Münster forderte früher in ständiger Rechtsprechung <sup>3)</sup> als weitere Voraussetzung die Unzumutbarkeit der tatsächlichen Beeinträchtigung. Dieses Erfordernis schwächte das OVG aufgrund der Kritik an diesen Entscheidungen <sup>4)</sup> dahin ab, daß der Kläger lediglich tatsächlich <sup>5)</sup> beeinträchtigt zu sein brauche. Zur Begründung <sup>6)</sup> wurde angeführt, der Nachbar habe keinen Anspruch darauf, daß eine nachbarschützende Norm um ihrer selbst willen eingehalten werde. Die tatsächliche Beeinträchtigung des Nachbargrundstückes muß danach zu der Rechtsverletzung hinzutreten; fehlt die tatsächliche Beeinträchtigung auch bei Vorliegen einer Rechtsverletzung, so ist die Klage unbegründet. Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden. <sup>7)</sup> Greift der VA in die rechtlich geschützte Sphäre des Dritten ein, so liegt in jedem Fall eine Beeinträchti-

---

1) vgl. B IV 2

2) zur Terminologie Lücke AöR (1959) Bd. 84, 196, 200; Ule VwGO § 42 II 2; Hoffmann Verw. Arch. (53) 1962, 300 f; Eyermann-Fröhler § 42 Rdn. 87

3) OVG Münster Ur. v. 26. 1. 1960 BBauBl 60, 524 = DVBL 60, 603; Beschl. v. 8. 10. 1957 DVBL 58, 68; ebenso Hess, VGH Ur. v. 3. 11. 1961 DVBL 62, 724; Lorenz DÖV 64, 480 f u. Pietzonka NJW 54, 1181

4) OVG Lüneburg Ur. v. 22. 3. 1962 DVBL 62, 418 ff; Schäfer DVBL 62, 844; Meyer DWW 62, 133; Sandler BauR 70, 4 ff (11), vgl. auch ausführlich Laubinger a. a. O. S. 48 f u. Timmermann a. a. O. S. 178 ff

5) Ur. v. 16. 5. 1963 BBauBl 64, 151 = BRS 14, 247, Ur. v. 3. 10. 1963 MDR 64, 445 = BRS 14, 235 u. Ur. v. 25. 1. 1968 DVBL 68, 529

6) OVG Münster Ur. v. 16. 5. 1963 a. a. O.; VG Hannover Ur. v. 7. 11. 1969 DVBL 71, 767; Kübler-Speidel a. a. O. I Rdn. 53 f; Bender-Dohle a. a. O. Rdn. 69

7) Bemerkenswert ist dabei auch, daß das Erfordernis der tatsächlichen Beeinträchtigung nur im Bereich der baurechtlichen Nachbarklage erhoben wurde, nicht dagegen in den anderen Fällen, z. B. bei der Klage nach dem GastG oder der Konkurrentenklage.

gung vor, eine Unterscheidung zwischen einer rein formalen Beeinträchtigung läßt sich nicht aus § 113 I 1 VwGO entnehmen, sie widerspricht auch Art. 19 Abs. 4 GG.

Allein die Verletzung ihn schützender Rechte - sowie die Rechtswidrigkeit der Verletzung - kann für die Begründetheit der Klage maßgebend sein. Auch die Argumentation, daß der Nachbar keinen Anspruch darauf habe, daß die zwingende Norm um ihrer selbst willen eingehalten wird, erweist sich bei näherer Betrachtung - insbesondere für das Baurecht - als nicht stichhaltig. Durch die nachbarschützende Wirkung einer Norm wird dem Nachbarn als Ausgleich für die alle Bauherren gleich treffende Beschränkung der Baufreiheit im Rahmen dieser "Opfergemeinschaft" ein Abwehranspruch zuerkannt. Der Verstoß gegen eine zwingende nachbarschützende Norm beeinträchtigt damit auch das Austauschverhältnis der Nachbarn untereinander und führt zu einer prinzipiell nicht gebilligten Beeinträchtigung der anderen. Diese Betroffenheit, die sich bereits aus der Rechtsverletzung selbst ergibt, muß mit Rücksicht auf das einheitliche (wechselbezügliche) Austauschverhältnis der Nachbarn ausreichen.

b) Um Unzuträglichkeiten zu vermeiden, wird man dem OVG im Ergebnis zustimmen müssen, doch muß der Ansatzpunkt anders gesetzt werden. Dazu kann nicht, wie Laubinger meint <sup>1)</sup>, das Rechtsschutzbedürfnis herangezogen werden, da dies bereits - im Rahmen der Zulässigkeit - bei einer für möglich angesehenen Rechtsverletzung des Klägers zu bejahen ist, sondern dies ist bei der Frage des Vertrauens auf den Bestandsschutz des VA durch den Begünstigten bzw. des allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu erörtern, also unabhängig davon, ob eine Rechtsverletzung vorliegt.

Die Besonderheit des VAmD liegt darin, daß er neben der Belastung des Dritten eine Begünstigung für den Adressaten enthält. Es treten demnach verschiedene allgemeine Prinzipien des Verwaltungsrechts in Widerstreit.

a) Zugunsten des Adressaten wirkt der Grundsatz der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes in dem ihn begünstigenden VA. <sup>2)</sup>

---

1) Laubinger a. a. O. S. 50; ebenso Bender-Dohle a. a. O. Rdn. 69

2) Erning DVBL 60, 467; Peters DÖV 65, 753 f; Bender NJW 66, 1995 f; grundsätzl. zum Grundsatz des Vertrauensschutzes bei der Rücknahme eines fehlerhaften begünstigenden VA; vgl. Wolff Bd. I § 53 III C S. 354 ff; Laubinger a. a. O. S. 159 ff; Ossenbühl, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender VA, Berlin 1964; Schäfer, Der Widerruf begünstigender VA, Marburg 1960; Kimminich Jus 65, 249 ff

- b) Aus der Sicht der beklagten Behörde fordert der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung <sup>1)</sup> die Aufhebung des fehlerhaften VA.
- c) Für den klagenden Dritten verlangt das Recht auf Freiheit vor rechtswidrigen Eingriffen <sup>2)</sup> (Art. 2 Abs. 1) und der formelle Anspruch auf Rechtsschutz die Aufhebung des VA.

Teilweise wird nun vertreten, daß die Verletzung der drittschützenden Norm absoluten Vorrang vor den möglichen Interessen des Begünstigten habe <sup>3)</sup>, sowie auch die gegenteilige Auffassung <sup>4)</sup>, des absoluten Vorranges der Interessen des Begünstigten. Außer Betracht bleibt bei diesen Meinungen eine Abwägung der Interessen der Beteiligten, die sich bereits aus der Wechselbezüglichkeit von Begünstigung und Belastung beim VAmD ergibt. Die Abwägung dieser Interessen auch unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzes des Begünstigten hat im Rahmen der Anfechtungsklage zu erfolgen <sup>5)</sup>, weil das Aufhebungsurteil - ebenso wie die Rücknahme des VA - Doppelwirkung entfaltet. Der obsiegende Kläger wird begünstigt und der Adressat des VA, dem die Erweiterung seiner Rechte genommen wird, belastet. Die Wirkungen des Urteils sowie die Interessenlage sind für die Betroffenen die gleichen wie bei der Rücknahme eines VAmD <sup>6)</sup>, wobei jedoch das Interesse der Allgemeinheit an der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gegenüber dem Interesse der unmittelbar Betroffenen an Bedeutung zurücktritt. <sup>7)</sup>

1) Laubinger a. a. O. S. 156 ff; Forsthoff § 13 2 b

Maunz-Dürig-Herzog Art. 20 Rdn. 127 ff

2) Wolff I § 53 II b; Laubinger a. a. O. S. 156 ff, 184

3) BVerwG Urt. v. 9. 9. 1965 DVBL 66, 272; Ossenbühl a. a. O. S. 125; OVG Lüneburg Urt. v. 17. 10. 1967 BRS 18, 187; Siegmund-Schultze DVBL 66, 250; zur Begründung wird darauf verwiesen, daß der Rechtsschutz des Dritten mit Rücksicht auf Art. 19 IV GG Vorrang genieße, zumal auch der Adressat des VA mit der Anfechtung rechnen müsse.

4) Erning DVBL 60, 467 unter dem Hinweis darauf, daß sich der Begünstigte unter "Einsatz von Kapital oder persönlichen Opfern eine eigentumsähnliche Stellung schaffe, die den Schutz des Art. 14 GG genieße", daher ständen dem Anspruch des Belasteten die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG entgegen; zur Kritik an Erning insbesondere Laubinger a. a. O. S. 185

5) VG Koblenz Urt. v. 19. 4. 1966 DVBL 68, 50; Peters DÖV 65, 753 und DÖV 68, 553 f; Bernhardt JZ 63, 308; Evers Jus 62, 90

6) Bernhardt JZ 63, 302 (308); Haueisen NJW 54, 1425; derselbe NJW 64, 2037 (2040); Kübler-Speidel a. a. O. I Rdn. 39 m. w. N.

7) vgl. auch die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereines zu § 37 des VwVerfG; danach soll § 37 Abs. 7 folgendermaßen lauten:

"Wird durch einen rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakt zugleich ein Dritter in seinen rechtlich geschützten Interessen verletzt und ficht die-

Hinsichtlich der Frage, ob dem Begünstigten ein Vertrauensschutz zusteht, ist eine Voraussetzung, daß er auf die Rechtmäßigkeit des VA vertraute. Dieses Vertrauen wird in der Regel erst dann schutzwürdig, wenn er nicht mehr mit Rechtsmitteln des Belasteten rechnen mußte, d. h. innerhalb der einmonatigen Anfechtungsfrist besteht daher in der Regel kein Vertrauensschutz.<sup>1)</sup> Innerhalb dieser Frist muß der Eingriff gem. Art. 20 Abs. 3 GG zurückgenommen werden können.

Als weitere Abwägungskriterien kommen hinzu: das Verschulden eines Beteiligten an der Rechtswidrigkeit; die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit; der Umfang der finanziellen Aufwendungen des Begünstigten im Verhältnis zur tatsächlichen Beeinträchtigung des Dritten; die Schwere des Rechtsverstoßes, der Zeitablauf seit Erlaß des VA und die Möglichkeit des Dritten, frühzeitig Rechtsmittel einzulegen.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß es für die Begründetheit der Klage darauf ankommt, daß eine Verletzung der den Dritten schützenden Rechte vorliegt, diese Rechtsverletzung rechtswidrig ist sowie wegen der Besonderheit der Wechsel-

---

Fortsetzung der Fn. 7) von S. 78:

ser den Verwaltungsakt an, so ist der Verwaltungsakt trotz Vorliegens der Voraussetzungen des Absatzes 2 Satz 1 (Grundsatz des Vertrauensschutzes - der Verf.) zurückzunehmen, wenn das schutzwürdige Interesse des Dritten an der Rücknahme des Verwaltungsaktes gleich oder höher zu bewerten ist als das schutzwürdige Interesse des Begünstigten am Fortbestand des Verwaltungsaktes ... "

Eine entsprechende Regelung ist dagegen in dem Entwurf nicht vorgesehen.

- 1) Schäfer a. a. O. S. 61; Ossenbühl a. a. O. S. 125; Haueisen NJW 64, 2037 (2040); Kübler-Speidel a. a. O. I Rdn. 39 u. IV 103 f; vor allem Schäfer u. Ossenbühl lehnen mit dem Hinweis auf Art. 19 Abs. 4 GG in diesem Zeitraum den Vertrauensschutz prinzipiell ab, weil die Gewährung des Vertrauensschutzes vor Ablauf der Rechtsmittelfrist dem Belasteten im Ergebnis den Rechtsweg verschließe. Dies ist aber nicht zwingend, da Art. 19 Abs. 4 GG zwar den Rechtsweg eröffnet, aber nichts über die Art und den Umfang von materiell-rechtlichen Ansprüchen und den Erfolg von Klagen besagt. Nach der hier vertretenen Auffassung bildet die Anfechtungsfrist jedoch lediglich ein - wenn auch starkes - Indiz für den mangelnden Vertrauensschutz des Begünstigten, da beim VAmD das Interesse der Behörde an der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gegenüber den Interessen der Betroffenen an Bedeutung verliert, andererseits mit Rücksicht auf Art. 2 dem Anspruch des Belasteten auf Beseitigung Rechnung getragen werden muß; so auch Bettermann, Grundrechte Bd. III 2 S. 803

bezüglichkeit von Begünstigung und Belastung beim VAmD eine Abwägung der beiderseitigen schutzwürdigen Interessen im Einzelfall hinzukommen muß.

## 2. Änderung der Sach- und Rechtslage während des Prozesses

Grundsätzlich wird bei Anfechtungsklagen von der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Erlasses d. VA ausgegangen, da zu diesem Zeitpunkt der Entscheidungsprozeß der Behörde abgeschlossen ist. <sup>1)</sup> Diese auf den Kassationsvorstellungen von der Anfechtungsklage beruhende Auffassung wurde jedoch schon bald von der Rechtsprechung für mehrere Fallgruppen erheblich modifiziert <sup>2)</sup>, wobei jedoch zwischen den einzelnen Senaten des BVerwG keine Einigkeit zu herrschen scheint. Während der I. Senat bereits in seiner Entscheidung vom 20. 10. 1955 <sup>3)</sup> für den Fall eines VA mit Dauerwirkung die Änderung der materiellen Rechtslage während des Verfahrens bei der Entscheidung berücksichtigte <sup>4)</sup>, stellte der VII. Senat, nachdem er zunächst auf die Linie des I. Senates eingeschwenkt war <sup>5)</sup>, wieder auf den Zeitpunkt des Widerspruchsentscheides ab. <sup>6)</sup>

Ebenso unterschiedlich ist die Rechtsprechung der unteren Gerichte. Während die OVG Lüneburg <sup>7)</sup> und Münster <sup>8)</sup> in diesen Sonderfällen auf den Zeitpunkt der

- 
- 1) BVerwG Beschl. v. 19. 11. 1953 BVerwGE 1, 35 (36 f) = NJW 54, 365 vgl. dazu eingehend mit umfangreichen Nachweisen Bähr, Die maßgebliche Rechts- und Sachlage für die gerichtliche Beurteilung von VA, 1967 S. 9 ff; Bachof JZ 58, 301 und JZ 54, 416 ff
  - 2) so insbesondere für VA mit Dauerwirkung, noch nicht vollzogene VA und VAmD. Bachof a. a. O.; Menger, Grundrechte Bd. III 2 S. 717 (764 f), a. A. Ule, Lehrbuch § 57
  - 3) BVerwGE 2, 259 = NJW 56, 357, bestätigt durch Urt. v. 14. 11. 1957 BVerwGE 5, 351 = NJW 58, 804 u. Urt. v. 5. 8. 1965 JZ 66, 138 = BVerwGE 22, 16 mit zustimm. Anm. Bachof JZ 1966, 140; Menger-Erichsen VerwArch Bd. 57 (1960) 390 f sowie Urt. v. 9. 2. 1967 DVBL 67, 382 u. 15. 11. 1967 DVBL 68, 150; u. abl. Schweiger JZ 1966, 138 u. Ule/Sellmann Jus 67, 308 f
  - 4) ebenso auch f. d. Baurecht Urt. v. 28. 6. 1956 NJW 57, 557; dieser Auffassung hat sich auch der V. Senat in mehreren Entscheidungen angeschlossen Urt. v. 6. 4. 1955 BVerwGE 2, 55; Urt. v. 30. 6. 1956 DVBL 56, 790; ebenso das BSG Urt. v. 28. 3. 1958 NJW 58, 1700 = DVBL 59, 208
  - 5) Urt. v. 23. 2. 1962 DVBL 62, 489; Urt. v. 28. 6. 62 BVerwGE 14, 39 = NJW 62, 1265
  - 6) Urt. v. 12. 3. 1965 NJW 65, 1394 zustimmend Schweiger NJW 66, 1899; Ule/Sellmann Jus 67, 308 ff
  - 7) Urt. v. 4. 9. 1968 BRS 20, 262, u. Urt. v. 30. 6. 1961 DVBL 62, 63
  - 8) Urt. v. 3. 10. 1963 BRS 14, 215; Urt. v. 25. 1. 1968 DVBL 68, 529

letzten mündlichen Verhandlung abstellen, ist die Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg uneinheitlich, teils werden nachträgliche Verbesserungen als unbeachtlich behandelt <sup>1)</sup>, andere Entscheidungen schließen sich der Auffassung der OVG Münster und Lüneburg <sup>2)</sup> an, wobei jedoch von den Gerichten noch danach unterschieden wird, ob die Rechtslage sich zugunsten oder zulasten des Adressaten verändert. Das OVG Lüneburg entscheidet jeweils nach dem für den Adressaten günstigsten Zeitpunkt <sup>3)</sup>, während das BVerwG in seiner letzten Entscheidung vom 19. 9. 1969 (IV. Senat) <sup>4)</sup> die Berücksichtigung der neuen (ungünstigeren) Sach- oder Rechtslage davon abhängig macht, daß für eine Verwertung dieser Rechtslage ein Geltungswille im neuen Recht vorhanden ist. Für den VAmD muß die Lösung den unterschiedlichen Interessen der Beteiligten Rechnung tragen. Dabei kann eine Änderung nur insoweit als erheblich berücksichtigt werden, sofern der VA noch nicht vollzogen, der Vorgang noch nicht abgeschlossen ist und die Rechtsänderung auch den noch nicht abgeschlossenen Vorgang erfassen wollte. <sup>5)</sup> Weiterhin ist für die Einbeziehung der veränderten Rechtslage mit Rücksicht auf § 88 VwGO der Umfang des Klagebegehrens entscheidend.

a) Für die Klage des Dritten ergeben sich materiell-rechtlich folgende Fallgestaltungen:

aa) Die materielle Rechts- oder Sachlage verbessert sich zugunsten des Adressaten, dies beinhaltet - meist - gleichzeitig eine Verschlechterung der Position des klagenden Dritten. Nach der überwiegenden Rechtsprechung <sup>6)</sup> ist diese Änderung - falls sie materiell und vom Klagebegehren her zulässig ist - für die Entscheidung maßgebend. Es wäre "sinnwidrig" <sup>7)</sup>, wenn z. B. eine aufgrund

1) Urt. v. 12. 10. 1959 Bad-Württ. VBL 60, 30

2) Urt. v. 19. 11. 1968 Bad-Württ. VBL 69, 122; Beschl. v. 20. 6. 1966 BRS 17, 142 Beschl. v. 11. 10. 1965 BRS 16, 148

3) Urt. v. 30. 6. 1961 a. a. O.; Urt. v. 2. 2. 1965 DVBL 67, 206, Urt. v. 4. 9. 1968 a. a. O.; ebenso OVG Münster Urt. v. 3. 10. 1963 a. a. O. und vom 28. 6. 1965 DWW 66, 35; vgl. auch Gelzer BBauBL 66, 257

4) DVBL 70, 62 = NJW 70, 263 mit kritischer Anmerkung Schuegraf NJW 70, 581

5) Bachof JZ 54, 418 f; Bähr a. a. O. S. 56 ff; Schweiger DVBL 64, 211; Menger Verw. Arch. 1957, 170 f

6) BVerwG Urt. v. 5. 10. 1965 DVBL 66, 269; DÖV 66, 246; OVG Lüneburg Urt. v. 4. 9. 1968 a. a. O.; OVG Mstr. Urt. v. 25. 1. 1968 a. a. O.; VGH Bad-Württ. Beschl. v. 11. 10. 1965 a. a. O.; vgl. auch Kübler-Speidel a. a. O. V Rdn. 63 m. w. N.

7) BVerwG Urt. v. 5. 10. 1965 a. a. O.

überholten Planungsrechts ergangene Baugenehmigung versagt oder eine Abbruchverfügung aufrechterhalten bliebe, obwohl diese Vorschriften für dieses Baugebiet keinerlei Bedeutung mehr besitzen. Die Baugenehmigung würde sodann in Anwendung des alten Rechts aufgehoben und müßte auf Antrag des Bauherrn sofort wieder erteilt werden; der Bauherr müßte Anlagen abreißen, deren Wiedererrichtung ihm sofort nach dem Abbruch wieder gestattet werden müßte. Sinn des Rechtsschutzes des belasteten Dritten kann es nicht sein, berechnigte Vorhaben des durch einen VA Begünstigten zu verzögern oder zu vereiteln <sup>1)</sup>, gleichgültig ob diese Begünstigung im Zeitpunkt ihres Erlasses rechtmäßig war. Entscheidend kann daher nur sein, ob dieser VA im Zeitpunkt seiner gerichtlichen Kontrolle, d. h. im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, die Rechte des Dritten - nach den dann geltenden Vorschriften - verletzt.

Dadurch wird der Dritte in seinem durch Art. 19 Abs. 4 GG garantierten Rechtsschutz nicht beeinträchtigt. Er kann, falls ein Feststellungsinteresse besteht, bezüglich der ursprünglichen Rechtslage eine Feststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO <sup>2)</sup> stellen, wenn bereits vor Klageerhebung und Ablauf der Rechtsmittelfrist sich die Rechtslage zugunsten des begünstigten Adressaten ändert.

Tritt diese Änderung während des anhängigen Rechtsstreites ein, so hat er die Möglichkeit, um dem Kostenrisiko aus dem Wege zu gehen, die Hauptsache für erledigt zu erklären <sup>3)</sup>, und gleichzeitig einen Fortsetzungsfeststellungsantrag <sup>4)</sup> mit dem Ziele zu stellen, sein Begehren unter der ursprünglichen Rechtslage zu beurteilen.

- 
- 1) VGH Bad-Württ. Beschl. v. 11. 10. 1965 a. a. O.; OVG Münster Ur. v. 10. 10. 1963 a. a. O.; Bachof JZ 54, 416 (419); a. A. Schweiger DVBL 64, 205
  - 2) zur Zulässigkeit vgl. Eyermann-Fröhler § 113 Rdn. 51; Reder - v. Oertzen § 113 Rdn. 16 jeweils m. w. N.
  - 3) allgemein zur Erledigung Eyermann-Fröhler § 113 Rdn. 39 ff u. § 161 Rdn. 6 ff; so auch BVerwG Ur. v. 15. 11. 1967 DVBL 68, 150
  - 4) BVerwG Ur. v. 5. 10. 1965 a. a. O., zu den Voraussetzungen auch BVerwG Ur. v. 19. 3. 1970 DVBL 71, 277; zu den "berechtigten Interessen" i. S. d. § 113 IV VwGO gehören alle schutzwürdigen rechtliche, wirtschaftlichen u. ideellen Belange des Klägers; vgl. Eyermann-Fröhler § 113 Rdn. 41; Redeker - v. Oertzen § 113 Rdn. 13 jeweils mit weiteren Einzelheiten.

bb) Die Sach- oder Rechtslage verändert sich zu Ungunsten des Adressaten

Das BVerwG <sup>1)</sup> hat für den Bereich der baurechtlichen Nachbarklage in einem derartigen Fall entschieden, daß die alte Rechts- oder Sachlage gelte, sofern nicht das neue Gesetz die durch das alte Recht erworbene Position beseitigen wollte. Dieser Grundsatz wurde in dem Urteil vom 19. 9. 1969 <sup>2)</sup> ausdrücklich bestätigt. "Das spätere Inkrafttreten einer dem Bauherrn ungünstigen und dem Nachbarn günstigen Norm gibt nicht die Möglichkeit, dem Bauherrn rechtens eingeräumte Rechtspositionen wieder zu entziehen. Gerade das Bodenrecht ist gekennzeichnet durch Vorschriften, die dem Bauherrn eingeräumte Rechtspositionen trotz Rechtsänderung grundsätzlich belassen . . . ."

Ebenso stellten das OVG Lüneburg <sup>3)</sup> und der VGH Bad-Württ. <sup>4)</sup> mit der Begründung auf die alte, dem Bauherrn günstige Rechtslage ab, daß dieser die Baugenehmigung bereits ausgenutzt habe. Als ein wesentlicher Gesichtspunkt wird danach angesehen, ob und inwieweit das Bauvorhaben schon vor Änderung der Sach- oder Rechtslage rechtmäßig verwirklicht war. <sup>5)</sup> Damit wird eine Interessenabwägung zwischen den Belangen des Bauherrn und denen der Verwaltung vorgenommen, ohne jedoch die berechtigten Interessen des Nachbarn zu berücksichtigen, obwohl die Interessen von Bauherrn und Nachbar wegen des Austauschverhältnisses gleichwertig sind. Geht man von der Überlegung aus, daß bei der Klage eines belasteten Dritten gegen einen VAmDD im Grunde ein Rechtsstreit zwischen zwei Privatpersonen geführt wird, in welchen die Behörde aufgrund des von ihr erlassenen VA eingeschaltet ist <sup>6)</sup>, so wird deutlich, daß bei einer Interessenabwägung die Belange der beiden vom VA Betroffenen im Vordergrund stehen müssen.

1) BVerwG Beschl. v. 16. 12. 1968 BRS 20, 172; Urt. v. 10. 4. 1968 DVBL 68, 597 (jeweils der IV. Senat) vgl. auch Kübler-Speidel V Rdn. 64

2) NJW 70, 263 = DVBL 70, 62 (IV. Senat) = Jus 70, 202 Nr. 11; diese Entscheidung betraf zwar nur eine Rechtsänderung, die zwischen Zugang der Baugenehmigung beim Bauherrn u. Erlass des Widerspruchsbescheides gegenüber dem Nachbarn eintrat, doch dürfte dies auch für Rechtsänderungen bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung gelten.

3) Urt. v. 14. 3. 1963 OVG 18, 501; Beschl. v. 16. 8. 1966 DÖV 67, 500

4) Urt. v. 13. 4. 1965 DÖV 65, 531 u. Urt. v. 18. 3. 1969 - II 309/66 - zitiert b. Kübler-Speidel a. a. O. V. Rdn. 65 m. w. N.

5) so bereits BVerwG Urt. v. 29. 8. 1961 DVBL 62, 178, jetzt auch Urt. v. 19. 9. 1969 a. a. O.

6) B I 1

Der Vertrauensschutz des Adressaten in den ursprünglich rechtmäßigen VA ist gegen den Anspruch des Dritten auf Beachtung der nachträglichen Sach- oder Rechtsänderung <sup>1)</sup>, d. h. auf Beseitigung der ihn treffenden Beeinträchtigung abzuwägen. <sup>2)</sup>

Es ist daher vom Einzelfall her zu beurteilen, ob die ursprüngliche Rechtslage oder die geänderte anzuwenden ist, und zwar aufgrund eines objektiven und eines subjektiven Kriteriums: objektiv aufgrund der Abwägung der vom VA betroffenen Interessen, subjektiv aufgrund der Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Begünstigten in dem Fortbestand des VA. <sup>3)</sup>

Abgrenzungskriterien sind danach u. a.

- (1) das Maß der Beeinträchtigung der Rechte des Dritten unter der Geltung der neuen Sach- oder Rechtslage;
- (2) ob ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit an der Herbeiführung eines der veränderten Lage entsprechenden Zustandes besteht;
- (3) ob der Begünstigte im Vertrauen auf die Beständigkeit des VA erhebliche und endgültige Dispositionen, insbesondere auch finanzieller Art, getroffen hat; er z. B. im Falle der Baugenehmigung den Bau bereits begonnen oder sogar vollendet hat; bei der Genehmigung nach dem PBefG sich einen PKW angeschafft und diesen entsprechend ausgerüstet hat usw.

- 
- 1) so im Ergebnis auch Schuegraf in seiner kritischen Anmerkung zum UrT. des BVerwG v. 19. 9. 1969 in NJW 70, 581 der jedoch vorschlägt, aus Gründen prozessualer Gleichbehandlung nachträglich Änderungen der Sach- und Rechtslage generell zu berücksichtigen, ohne Rücksicht darauf, wer daraus Vor- oder Nachteile erfährt.
  - 2) Voraussetzung ist natürlich, daß materiell-rechtlich die geänderte Rechtslage auch auf den bereits erlassenen VA anwendbar ist; dies wird in der Regel bei bereits vollzogenen VA ausgeschlossen sein, da dies auf eine unzulässige Rückwirkung hinausliefe.
  - 3) hier zeigt sich die Parallele zu den Kriterien für die Rücknahme von VAmD;  
ausführlich dazu Laubinger a. a. O. S. 181 ff; Timmermann a. a. O. S. 130 ff
  - 4) diese Abwägung verstößt nicht gegen das Prinzip der Rechtssicherheit oder Rechtmäßigkeit, denn wenn die Abwägung ergibt, daß der unter der Geltung des neuen Rechts rechtswidrige VA fortbestehen soll, so ist das Fortbestehen auch rechtmäßig. Allenfalls wird das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung tangiert, doch bedeutet dieses Prinzip nicht, daß in jedem Fall die materielle Gerechtigkeit Vorrang genießt; insbesondere muß dieses Prinzip beim VAmD, bei dem sich letztlich die Interessen

Ergibt diese Abwägung, daß der Vertrauensschutz des Begünstigten höher wiegt als das Interesse des Dritten, so ist die alte Sach- oder Rechtslage maßgebend; überwiegt das Interesse des Dritten, ist auf die geänderte Sach- oder Rechtslage abzustellen. 1)

Zusammenfassend ist festzuhalten:

Ändert sich die Sach- oder Rechtslage nach Erlass des VAmD zugunsten des begünstigten Adressaten, so ist diese Rechtslage der Entscheidung zugrunde zu legen, ändert sie sich zu seinem Nachteil, so hat eine Abwägung der Interessen der Betroffenen stattzufinden, welche Rechtslage anzuwenden ist.

b) Wie bereits oben dargelegt, ist für die Beachtung der Änderung der materiellen Sach- oder Rechtslage der Umfang des Klageantrages entscheidend. Beantragt der Kläger die Aufhebung des VA, weil dieser von Anfang an rechtswidrig sei, also eine Aufhebung ex tunc, so ist die Klage nur dann begründet, wenn im Zeitpunkt, als der VA erlassen wurde, dieser rechtswidrig war.

Eine spätere Sach- oder Rechtsänderung kann - mit Ausnahme des Falles der Rückwirkung des Gesetzes - nicht bewirken, daß der ursprünglich rechtmäßige VA als im Zeitpunkt des Erlasses rechtswidrig anzusehen wäre. 2) Die ursprüngliche Rechtmäßigkeit wird durch eine spätere Rechts- oder Sachänderung nicht berührt. 3)

Erst wenn der Kläger beantragt, evtl. auch hilfsweise 4), den VA aufzuheben, weil er wegen der geänderten Sach- oder Rechtslage nicht mehr aufrechterhalten werden könne, kommt es auf die Frage an, welcher Zeitpunkt für die Sach-

Fortsetzung der Fn. 4) von S. 84:

der beiden durch den VA Betroffenen entgegenstehen, hinter diesen Interessen zurückstehen; vgl. auch Kimminich Jus 65, 254; Laubinger a. a. O. S. 173

- 1) im Ergebnis wohl ebenso Eyermann-Fröhler § 113 Rdn. 10 a
- 2) Diese Frage ist daher von der Frage, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung des VA im anhängigen Rechtsstreit maßgebend ist, auseinanderzuhalten. Die Beurteilung des VA nach der geänderten Rechtslage bedeutet nur, daß dieser VA jetzt wegen der geänderten Rechtslage anders beurteilt werden muß; das bedeutet jedoch nicht, daß sich die ursprüngliche Beurteilung des VA geändert hat.
- 3) BVerwG Urt. v. 8. 7. 1959 DÖV 60, 227; Haueisen NJW 60, 1881
- 4) vgl. zur Zulässigkeit eines derartigen Hilfsantrages BVerwG Urt. v. 27. 6. 1961 DVBL 61, 731; Eyermann-Fröhler § 113 Rdn. 4 m. w. N.

oder Rechtslage maßgebend ist. Teilweise wird vertreten <sup>1)</sup>, daß eine derartige Klage auf Aufhebung des VA ex nunc im Grunde eine Verpflichtungsklage sei, da grundsätzlich ein Antrag auf Aufhebung des ursprünglich rechtmäßigen VA bei der Behörde gestellt werden müsse. Dies läßt sich schon mit § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO nicht vereinbaren, wonach das Gericht den VA aufhebt, soweit dieser rechtswidrig ist. Stellt das Gericht die Rechtswidrigkeit des VA wegen der geänderten Sach- oder Rechtslage ex nunc fest, so hebt es diesen - rechtsgestaltend - auf. <sup>2)</sup>

Wird der Aufhebungsantrag ex nunc erst im Laufe des Prozesses entweder hilfsweise oder neben dem Antrag auf Aufhebung ex tunc (objektive Klagehäufung) gestellt, so ist für ihn entgegen der Ansicht von Ule und Schweiger nicht erforderlich, daß gem. § 68 Abs. 1 ein Widerspruchsverfahren vorausgegangen ist.

Die gegenteilige Auffassung widerspräche jeder Prozeßökonomie; zum anderen ist der von Ule <sup>5)</sup> zitierte Grundsatz, daß das Vorverfahren unverzichtbare Prozeßvoraussetzung sei, in dieser Allgemeinheit, kaum haltbar. <sup>6)</sup>

Ist gegen den angegriffenen VAmD vor Erhebung der Klage überhaupt kein Vorverfahren durchgeführt worden, so ist die Klage, auch wenn die Rechts- oder Sachänderung für den Kläger im Ergebnis erfolgreich sein würde, als unzulässig abzuweisen. <sup>7)</sup> In diesem Fall kann das notwendige Widerspruchsverfahren nicht durch die Klageerhebung und die Einlassung der Beklagten ersetzt werden, wie v. Mutius überzeugendargelegt hat. <sup>8)</sup>

Anders muß dagegen der Fall beurteilt werden, wenn gegen den VAmD ein Widerspruchsverfahren erfolglos durchgeführt wurde, sich die Rechts- oder Sachlage nach Klageerhebung ändert und der Kläger nunmehr den Antrag auf Aufhebung dieses VA ex nunc stellt mit dem Hinweis auf die Rechtsänderung.

- 
- 1) Schweiger DVBL 64, 208; Ule VwGO § 108 Anm. III 1 b; Ule/Sellmann Jus 67, 308 ff
  - 2) Haueisen NJW 54, 1425 und DVBL 59, 228
  - 3) Ule/Sellmann Jus 65, 308 (311); Schweiger NJW 67, 616
  - 4) Eyermann-Fröhler § 113 Rdn. 4 a; so ausdrücklich gegen Ule BVerwG Urt. v. 15. 11. 1967 DVBL 68, 150 = BVerwGE 28, 202
  - 5) Jus 65, 308 (311); ders. VwGO § 68, Anm. 1
  - 6) ausführlich zum Streitstand v. Mutius, Widerspruch S. 175 ff mit umfangreichen Nachweisen
  - 7) Ule a. a. O.; Klinger VwGO § 68 Anm. 4 c; Eyermann-Fröhler § 68, Rdn. 2; v. Mutius a. a. O. S. 176, 177 m. w. N.
  - 8) a. a. O. S. 178

In diesem Fall bezieht sich das geänderte Klagebegehren <sup>1)</sup> im wesentlichen auf denselben Streitstoff <sup>2)</sup>, nämlich die Beeinträchtigung der Rechte des Klägers durch den VA. Die Beurteilung des VA aufgrund der Rechtsänderung bringt keine wesentliche Änderung des Streitstoffes mit sich. Die Beurteilung, ob es sich noch um den im wesentlichen selben Streitstoff handelt, darf dabei nicht zu eng gezogen werden, sondern muß entsprechend den Kriterien für die Sachdienlichkeit der Klageänderung bewertet werden. Anderenfalls würde die Änderung als sachdienlich zugelassen, sodann aber wegen Fehlens des Vorverfahrens - weil nicht derselbe Streitstoff - die Sachdienlichkeit wiederum verneint werden müssen. <sup>3)</sup>

Diese Auffassung läuft auch nicht den §§ 68 ff VvGO entgegen. Die Behörde ist bereits einmal aufgrund des Widerspruches mit dem VA befaßt worden. Hält die Behörde, nachdem durch die Rechtsänderung der VA jetzt rechtswidrig ist und damit aufgehoben werden müßte, im Prozeß weiterhin an der Gültigkeit dieses VA fest, so zeigt dies, daß auch ein nochmaliges Vorverfahren zu keinem anderen Ergebnis führen wird. <sup>4)</sup> Außerdem kann die beklagte Behörde - sofern die Interessenabwägung dies zuläßt - auch während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens den VA zurücknehmen und so der geänderten Rechtslage Rechnung tragen. <sup>5)</sup>

- 
- 1) der Aufhebungsantrag ex nunc ist ein aliud zum Antrag auf Aufhebung ex tunc, so daß eine Klageänderung vorliegt, deren Zulässigkeit sich nach § 91 VvGO richtet; Eyermann-Fröhler § 113 Rdn. 6; a. A. Redeker-v. Oertzen § 108 Rdn. 18
  - 2) nur wenn ein neuer, völlig selbständiger Streitstoff eingeführt wird, muß ein nochmaliges Vorverfahren durchgeführt werden; so auch BVerwG Urt. v. 27. 2. 1970 NJW 70, 1564 = DÖV 70, 498 m. krit. Anm. v. Mutius HRRVwR 1971, F 7 das seine ursprüngliche Rechtsprechung Urt. v. 26. 6. 1969 BVerwGE 32, 244 = DÖV 69, 756 auch schon Urt. v. 15. 11. 1967 DVBL 68, 150 = BVerwGE 28, 202 damit einschränkte.
  - 3) so auch BVerwG Urt. v. 27. 2. 1970 a. a. O. Kritisch dagegen v. Mutius a. a. O.; noch weitergehend OVG Münster Urt. v. 8. 3. 1966 DÖV 66, 726 = DVBL 67, 116 mit Anmerk. Schweiger.
  - 4) OVG Münster Urt. v. 8. 3. 1966 a. a. O. m. w. N.
  - 5) Eyermann-Fröhler § 79 Rdn. 2

### 3. Verwirkung des Rechts auf den gerichtlichen Rechtsschutz

Als allgemeiner Rechtsgrundsatz gilt das Rechtsinstitut der Verwirkung als Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung, im privaten wie im öffentlichen Recht. <sup>1)</sup> Die Verwirkung greift insbesondere zum Schutz des Begünstigten vor unerwartet späten Rechtsmitteln des Dritten ein. Bedeutsam ist, daß das für die Verwirkung maßgebliche Verhalten des Dritten sich in der Regel nicht im Verhältnis zur Behörde, sondern zum Begünstigten abspielt, Prozeßgegner wiederum de jure die Behörde ist, wobei aber der Vertrauensschutz auf den Begünstigten, der lediglich Beteiligter des Verfahrens ist, bezogen wird. Da im Rechtsstreit um einen VAmDD die eigentlichen Beteiligten der Begünstigte und der Dritte sind, um deren Rechtspositionen letztlich gestritten wird, muß auch das gegenüber dem Begünstigten abgegebene Verhalten eine Verwirkung des Rechtsanspruches des Belasteten gegenüber der Behörde bewirken können. <sup>2)</sup> Die Voraussetzungen der Verwirkung sind:

- a) es muß eine ausreichende, aber begrenzte Zeit vergangen sein, während der der belastete Dritte untätig war;
- b) für den Begünstigten <sup>3)</sup> muß - im Vertrauen auf diese Untätigkeit - der Schluß gerechtfertigt gewesen sein, daß der Dritte sein Abwehrrecht nicht geltend machen werde.
- c) der Begünstigte hat sich darauf so eingerichtet, daß die Aufhebung des VA für ihn eine unzumutbare Härte bedeuten würde. Dabei ist eine Interessenabwägung nach den Umständen des Einzelfalles vorzunehmen; <sup>4)</sup>

---

1) Stich DVBL 59, 234; Forsthoff, Lehrbuch § 9 S. 165; BVerwG Urt. v. 9. 2. 1966 DVBL 66, 600 u. Urt. v. 26. 11. 1969 DÖV 70, 498 sowie BVerfG Beschl. v. 26. 1. 1972 NJW 72, 675 = DÖV 72, 312; Kübler-Speidel a. a. O. I Rdn. 36; Eyermann-Fröhler § 58 Rdn. 13

2) Flehminghaus BB 68, 775; Laubinger a. a. O. S. 107 f; Timmermann a. a. O. S. 55

ohne auf diese Besonderheit des Dreiecksverhältnisses einzugehen, geht die Rechtsprechung von der Möglichkeit der Verwirkung aus; OVG Münster Urt. v. 4. 3. 1970 - BauR 70, 159 u. v. 24. 4. 1970 BauR 70, 163 f VGH Bad-Württ. Urt. v. 18. 3. 1969 BRS 22, 242

3) und nicht die Behörde, die nur formal Gegenspieler des Belasteten ist.

4) BVerwG Beschl. v. 9. 5. 1958 DVBL 58, 619; OVG Münster Urt. v. 4. 3. 1970 a. a. O.; Kübler-Speidel a. a. O. I Rdn. 38 in diesem Zusammenhang ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, vgl. auch Scheerbarth a. a. O. S. 90

- d) der Belastete muß gewußt haben, daß er den VAmDD angreifen konnte, dazu reicht es aus, wenn er die für ihn erheblichen Einzelheiten des VA gekannt hat. <sup>1)</sup>

Verwirkt hat der Dritte bei Vorliegen dieser Voraussetzungen nicht die prozessuale Befugnis zur Geltendmachung seiner Abwehrrechte, sondern nur seine materielle Rechtsposition. <sup>2)</sup> Der Dritte kann sich nicht mehr auf den Schutz seiner Rechtssphäre berufen. Daher berührt die Frage der Verwirkung nur die Begründetheit der Klage. <sup>3)</sup>

## VIII. Urteilswirkungen:

### 1. Wirkungen des Aufhebungsurteils

Die Anfechtungsklage bietet dem Dritten infolge der Kassationswirkung <sup>4)</sup> des Urteils effektiven Rechtsschutz. Mit der Rechtskraft des Urteils verliert der VAmDD seine Wirkung. Gemäß § 121 VwGO bindet das rechtskräftige Urteil die an dem Verfahren Beteiligten <sup>5)</sup>, soweit über den Streitgegenstand entschieden wurde. Erteilt die Behörde entgegen Bindungswirkung <sup>6)</sup> des Urteils bei gleicher Sach- und Rechtslage erneut einen VA, so ist in einem neuen Anfechtungsprozeß das Gericht im gleichen Umfang an die Vorentscheidung gebunden wie die Beteiligten.

- 
- 1) streitig ist, ob auch das Kennenmüssen ausreicht: so Laubinger a. a. O. S. 108, vgl. auch Stich DVBL 56, 326 f und Staudinger-Weber Komm. z. BGB § 242 Anm. D 617 f
- 2) Stich a. a. O.; Eyermann-Fröhler § 58 Rdn. 13 m. w. N.;
- 3) BVerwG Urt. v. 23. 5. 1958 NJW 59, 256; Stich a. a. O., Flehinghaus a. a. O.; OVG Münster Urt. v. 4. 3. 1970 a. a. O., a. A. wohl BVerwG Urt. v. 25. 5. 1960 DVBL 60, 678, ausdrücklich jetzt Urt. v. 20. 10. 1972 MDR 73, 432
- 4) Eyermann-Fröhler § 113 Rdn. 33; vgl. auch B II 1 a
- 5) vgl. zur Bindungswirkung des Urteils auf den beigeladenen Begünstigten, B III 1 u. 2
- 6) vgl. B III 2

## 2. Folgenbeseitigung: (FBA)

Oftmals sind durch den VA im Zeitpunkt der Urteilsfällung bereits bestimmte Tatsachen geschaffen worden.<sup>1)</sup> Wird der VA nun aufgehoben, so steht dem Dritten auch ein Anspruch auf Beseitigung der Folgen des rechtswidrigen VA zu. § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO gibt dazu die prozessuale Möglichkeit<sup>2)</sup>, diesen Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch<sup>3)</sup> im Verfahren der Anfechtung des VA mit geltend zu machen, dem Gericht werden damit aus Gründen der Prozeßbeschleunigung und -ökonomie zusätzliche Entscheidungsbefugnisse eingeräumt.<sup>4)</sup> Danach kann das Gericht die Behörde zur rückgängigmachung der Folgen eines vollzogenen VA verurteilen. Dabei kann es sich jedoch nur um die unmittelbaren Folgen der Vollziehung handeln, denn "rückgängig gemacht werden" kann nur das, was dem zu beseitigenden Zustand der Verwirklichung des Inhalts des rechtswidrigen VA entspricht. Alles was über die reine Inhaltsverwirklichung<sup>5)</sup> hinausgeht, entzieht sich dem unmittelbaren Einflußbereich des VA und somit auch der Befugnis der Behörde, die Inhaltsverwirklichung des VA rückgängig zu machen.<sup>6)</sup>

Der Vollzugs-Folgenbeseitigungsanspruch läßt sich danach umschreiben als Wiederherstellungsanspruch des durch einen rechtswidrigen VA Betroffenen, gerichtet auf Beseitigung des dadurch geschaffenen rechtswidrigen und durch die Aufhebung des VA nicht mehr legalisierten Zustandes sowie auf Wiederherstellung

- 
- 1) z. B. ist der Bau bereits halbfertig; die Anlage nach § 16 GewO ist bereits ganz oder teilweise in Betrieb genommen; ein ausgewiesener Ausländer ist bereits in sein Heimatland abgeschoben worden.
  - 2) BVerwG Urt. v. 25. 8. 1971 DVBL 71, 858 = NJW 72, 269 Anm. Erichsen HRRVwR 1972, C 8; a. A. Götz ZBR 61, 138, wohl auch BVerwG Urt. v. 26. 10. 1967 BVerwGE 28, 155 (164), die in § 113 Abs. 1 S. 2 auch die materiellen Voraussetzungen für den Folgenbeseitigungsanspruch sehen.
  - 3) im Gegensatz zum FBA, der keinen rechtswidrigen VA voraussetzt, zur Terminologie vgl. Bender, Staatshaftungsrecht, Rdn. 91; Rösslein, Der Folgenbeseitigungsanspruch S. 42
  - 4) nach der neuesten Rechtsprechung des BVerwG ist Voraussetzung für den FBA nicht mehr das Vorliegen eines VA; vgl. Urt. v. 25. 8. 1971 a. a. O. u. auch Urt. v. 12. 10. 1971 MDR 72, 265
  - 5) Vollziehung i. S. d. § 113 I 2 bedeutet Verwirklichung des Inhalts eines VA gleichgültig, ob durch (zwangsweises) Handeln der Behörde oder des Adressaten, vgl. ausführlich C II 2 a für den Begriff der Vollziehbarkeit bei § 80 VwGO, der inhaltsgleich mit dem des § 113 I 2 VwGO ist.
  - 6) Bachof, Klage S. 106 ff; ausführl. Nachweise bei Weyreuther, Gutachten, Fußn. 26

des früheren Zustandes. <sup>1)</sup> Der Vollzugs-Folgenbeseitigungsanspruch umfaßt somit zwei Komponenten: einmal die Beseitigung des jetzt rechtswidrigen Zustandes und zum anderen die Wiederherstellung des status quo ante.

a) Grundlagen und Voraussetzungen des Folgenbeseitigungsanspruches:

Der Folgenbeseitigungsanspruch wird heute allgemein anerkannt; ebenso unbestritten ist, daß die Folgenbeseitigung als Grundsatz und Anspruch auf das Bundesrecht zurückgeht. <sup>2)</sup> Auf die rechtsdogmatische Grundlage des Folgenbeseitigungsanspruches kann hier nur kurz eingegangen werden. <sup>3)</sup> Als Grundlage des Folgenbeseitigungsanspruches werden hauptsächlich Art. 20 Abs. 3 GG <sup>4)</sup>, das Rechtsstaatsprinzip <sup>5)</sup>, Art. 19 Abs. 4 und Art. 34 GG <sup>6)</sup>, Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG <sup>7)</sup> sowie Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG <sup>8)</sup> genannt. Man wird den Folgenbeseitigungsanspruch, wie Weyreuter mit Recht betont <sup>9)</sup>, nicht allein aus der lediglich objektiv-rechtlichen Norm des Art. 20 Abs. III GG ableiten können, sondern muß diesen allgemeinen Verfassungsgrundsatz in Verbindung zu den allgemeinen Freiheitsgrundrechten setzen, die dem Bürger ein Recht auf die Gesetzmäßigkeit jedes Eingriffs (Vorbehalt des Gesetzes) und somit auch als Kehr-

1) ähnl. Meyer DWW 62, 118; Obermayer Jus 63, 114; Bender-Dohle Rdn. 407, 408; Bender, Staatshaftungsrecht, Rdn. 104; Weyreuter, Gutachten S. 19 ff m. w. N.; Kübler-Speidel a. a. O. I Rdn. 77 ff

2) Rösslein a. a. O. S. 57 ff; Weyreuter a. a. O. S. 1 ff; Bender, Staatshaftungsrecht, Rdn. 95 ff; auch das BVerwG Urt. v. 25. 8. 1971 a. a. O. bekennt sich nunmehr ausdrücklich dazu, daß die Folgenbeseitigung als Grundsatz und Anspruch auf das Verfassungsrecht zurückgeht; im Gegensatz dazu noch Urt. v. 15. 6. 1960 DVBL 60, 854 u. v. 25. 3. 1959 DVBL 59, 580, wonach die Folgenbeseitigung ein allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts sei, der nicht revisibel sei

3) vgl. dazu ausführlich Weyreuter a. a. O. S. 1 ff m. w. N.; Erichsen a. a. O.

4) Obermayer Jus 63, 113; Laubinger a. a. O. S. 138, Rösslein a. a. O. der jedoch als "Orientierungshilfe" zur Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Grundlage die einfach gesetzliche Regelung des § 113 I 2 VwGO nennt

5) Bachof, Klage S. 98 u. 128 f

6) Haas, System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten, S. 60 ff; vgl. dazu auch Bettermann, Grundrechte S. 803 f

7) Bettermann, Grundrecht S. 779 ff (803 f)

8) Hoffmann, Der Abwehranspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte, 1969; §§ 8 u. 9; wohl auch Weyreuter a. a. O.

9) a. a. O. S. 1 ff; 108; auch Erichsen a. a. O.

seite einen Anspruch auf Freiheit von rechtswidrigen Eingriffen einräumen. <sup>1)</sup>  
 Voraussetzungen für den Folgenbeseitigungsanspruch sind danach: <sup>2)</sup>

- (1) Jemand muß durch ein rechtswidriges hoheitliches Tun der vollziehenden Gewalt in seinen Rechten verletzt worden sein.
- (2) Dadurch muß ein rechtswidriger Zustand zum Nachteil des Betroffenen entstanden sein, der nicht mehr legalisiert werden kann und der fort-dauert.
- (3) Die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes muß rechtlich und tatsäch-lich möglich sein.

Für die Geltendmachung des Vollzugs-Folgenbeseitigungsanspruches muß gem. § 113 I 2 VwGO hinzukommen, daß ein rechtswidriger VA vorliegt, der vom Gericht oder von der Behörde aufgehoben worden ist. <sup>3)</sup>

#### b) Folgenbeseitigungsanspruch beim VAmDD

Aus der Besonderheit des VAmDD, bei dem sich verschiedene widerstreitende Interessen der Beteiligten gegenüberstehen, ergeben sich für den Folgenbesei-tigungsanspruch Schwierigkeiten.

So wird behauptet, ein Folgenbeseitigungsanspruch könne beim VAmDD grund-sätzlich nicht eingreifen, da zum einen nicht die Behörde den VA vollziehe (sondern der Begünstigte, z. B. der Bauherr diese Genehmigung nur ausnutze <sup>4)</sup>), zum anderen bestehe gegenüber dem Bauherrn keine dem Folgenbeseitigungsan-spruch entspringende Folgenbeseitigungspflicht, diese bestehe nur gegenüber dem rechtswidrig belasteten Dritten. <sup>5)</sup>

Weiter ist streitig, ob eine Abwägung der widerstreitenden Interessen im Rah-men eines Folgenbeseitigungsanspruches vorzunehmen ist <sup>6)</sup> und gegebenenfalls in welchem Umfang.

- 1) ähnlich BVerwG Urt. v. 25. 8. 1971 a. a. O. ; sowie Rösslein a. a. O. auch Weyreuter a. a. O. ; der jedoch nicht auf die Rechtswidrigkeit des Verwal-tungshandelns, sondern auf die Rechtswidrigkeit der Folgen dieses Han-delns abstellt (S. 88); dagegen mit Recht Bender, Staatshaftungsrecht, Rdn. 100 f
- 2) ähnlich Bender-Dohle a. a. O. Rdn. 407; Kübler-Speidel a. a. O. I Rdn. 78; Laubinger a. a. O. S. 136; Timmermann a. a. O. S. 154
- 3) Kübler-Speidel a. a. O. ; Bender, Staatshaftungsrecht Rdn. 94, 95 m. w. N. , daraus folgt auch, daß ein Folgenbeseitigungsanspruch dann ausgeschlossen ist, wenn der rechtswidrige VA unanfechtbar geworden ist.
- 4) Schroer DÖV 66, 230; Schuegraf BayVBL 67, 299; vgl. auch C II 2 a
- 5) so Weyreuter, Gutachten, S. 110 ff
- 6) Schrödter, BBauG § 31 Rdn. 15; Laubinger a. a. O. S. 138; weitere Nach-weise bei Kübler-Speidel I Rdn. 79

aa) Ein Folgenbeseitigungsanspruch des durch einen VAmD belasteten Dritten kann nicht daran scheitern, daß der VA nicht z.B. bei den Genehmigungen im Bau-, Wasser- oder Bewerberecht durch die Behörde "vollzogen" wird. Dieser Auffassung liegt ein zu enger Vollzugsbegriff zugrunde, der lediglich auf das Vollziehungsmoment durch den Hoheitsträger selbst abstellt. Nach dem hier vertretenen Vollzugsbegriff <sup>1)</sup> liegt die Vollziehung eines VA nicht nur in der (zwangsweisen) Durchsetzung des VA durch die Behörde, sondern Vollziehung bedeutet danach die Verwirklichung des dem Inhalt des VA entsprechenden Zustandes entweder durch die Behörde oder den Adressaten des VA. <sup>2)</sup>

Darüber hinaus wird man - auch wenn dieser Vollzugsbegriff nicht geteilt wird - es für ausreichend halten, daß die Behörde mittelbar dadurch die rechtswidrige Beeinträchtigung setzt, in dem sie den Adressaten die Herbeiführung des rechtswidrigen Zustandes aufgrund des VA gestattet und den Dritten damit zur Duldung dieses Zustandes zwingt. <sup>3)</sup> Der rechtswidrige Zustand ist gerade die zwangsläufige Folge des rechtswidrigen VA, der daher der Behörde mitverantwortlich zugerechnet werden muß <sup>4)</sup>, will man den Dritten nicht schutzlos stellen. <sup>5)</sup>

Beachtlich erscheint dagegen die Ansicht Weyreuter <sup>6)</sup>; die Behörde sei allein aufgrund der Folgenbeseitigungspflicht nicht berechtigt, Eingriffe in die Rechtssphäre des Begünstigten vorzunehmen. Für einen derartigen Eingriff sei eine Rechtsgrundlage erforderlich, die nicht in dem Folgenbeseitigungsanspruch, sondern allein in der polizeilichen Generalklausel oder anderen spezialgesetzlichen

- 
- 1) vgl. ausführlich zum Vollziehungsbegriff weiter unten C II 2 a, b mit ausführlichen Nachweisen
  - 2) Nur ein derart erweiterter Vollzugsbegriff, der das Gebrauchmachen von einer Genehmigung mit umfaßt, wird dem Rechtsschutz gegen gestaltende VAmD gerecht (im einzelnen C II 1 a, bb)
  - 3) Mit Recht sagt Laubinger a. a. O. S. 137 "Die Bauerlaubnis schafft zwar den Bau nicht, aber gibt ihn frei;"
  - 4) so überwiegende Meinung Meyer DWW 62, 133, 138; Kernade a. a. O. S. 114; Laubinger a. a. O.; Timmermann a. a. O. S. 154; Kübler-Speidel I Rdn. 80; OVG Lüneburg Urt. v. 22. 3. 1962 DVBL 62, 418; auch VGH Mannheim Urt. v. 8. 7. 1970 VerwRspr. 22, 54.
  - 5) ein u. U. bestehender Schadenersatzanspruch gegen die Behörde wäre wegen des nachzuweisenden Verschuldens des Beamten kein vollwertiger Ersatz
  - 6) Gutachten S. 106 ff;  
ähnlich auch Kübler-Speidel a. a. O. I Rdn. 83 f

Ermächtigungsnormen <sup>1)</sup> zu sehen sei. <sup>2)</sup> Die Folgenbeseitigungspflicht wird durch Einbeziehung der polizeilichen Generalklausel zu einer Ermessensentscheidung der Behörde. <sup>3)</sup> Dies entspricht jedoch nicht dem Wesen des Folgenbeseitigungsanspruches, der auf dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in Verbindung mit den Freiheitsgrundrechten, insbesondere der Freiheit von rechtswidrigen Eingriffen beruht und nichts mit dem Anspruch auf Einschreiten gegen einen Störer zu tun hat. <sup>4)</sup>

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung beinhaltet auch, daß eine rechtswidrig gewährte Begünstigung wieder zu entziehen ist, sofern nicht andere Grundsätze z. B. Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit entgegenstehen. Dabei ist die Behörde auch berechtigt, in die Rechtssphäre des Begünstigten einzugreifen, um dem Anspruch des Dritten auf Schutz vor Eingriffen in seine Rechtssphäre zu genügen. <sup>5)</sup> Gewährt eine bestimmte Norm dem Dritten ein zwingendes Recht, so muß dieses Recht bei seiner Verletzung auch einen Anspruch auf Beseitigung mit auslösen <sup>6)</sup>, der seine dogmatische Grundlage in den Verfassungsgrundsätzen hat; für eine Ermessensentscheidung ist in diesem Rahmen kein Raum. <sup>7)</sup> Die Auffassung von Weyreuter würde die nachbarschützenden Vorschriften zu lediglich formalen Rechtsstellungen des Dritten machen, wenn dieser Rechtsstellung nicht auch ein Anspruch auf Beseitigung der Verletzung und damit Herstellung des status quo ante entsprechen würde. Ein wesent-

- 
- 1) z. B. § 101 Muster-BauO § 100 BayBauO; § 97 BerlBauO § 102 Brem. LBauO § 106 HbgBauO; § 59 HessBauO; § 25 PBefG
  - 2) so auch OVG Lüneburg Urt. v. 22. 3. 1962 a. a. O., wonach die Beseitigung des aufgrund einer rechtswidrigen Baugenehmigung errichteten Bauwerkes sich nach den ordnungsrechtlichen (polizeirechtlichen) Grundsätzen richten müsse, die die Ermächtigungsgrundlage darstellten
  - 3) es gelten dann die Grundsätze über den Anspruch auf Einschreiten gegen einen Störer, wobei der Ermessensspielraum der Behörde durch die Folgenbeseitigungspflicht eingeschränkt wird. (vgl. Kübler-Speidel I Rdn. 82, 83); im Ergebnis auch Rübner BB 68, 881 ff, der jedoch immer eine Ermessensreduzierung auf Null annimmt.
  - 4) so schon mit Recht Laubinger a. a. O. S. 138 gegen OVG Lüneburg
  - 5) so auch Laubinger a. a. O.; Obermayer a. a. O. S. 114
  - 6) vgl. auch Menger, Grundrechte Bd. III 2, S. 733, wonach jeder durch die Rechtsverletzung eines Hoheitsträgers in seiner Rechtsstellung Beeinträchtigte einen materiellen Anspruch auf Herstellung des Zustandes besitzt, der ohne die Rechtsverletzung bestehen würde; ähnlich Bettermann DÖV 55, 528 (536); ders. MDR 57, 130; Rupp, Grundfragen S. 171 f
  - 7) im Ergebnis auch Timmermann a. a. O. S. 161

licher Punkt seines Rechts, nämlich die tatsächliche Verwirklichung unabhängig vom Ermessen der Verwaltung, entspricht daher gerade dem zwingenden Abwehranspruch seiner subjektiv-öffentlichen Rechtsstellung. Der Folgenbeseitigungsanspruch sowie die daraus entspringende Folgenbeseitigungspflicht besteht somit unabhängig von dem Anspruch aus der Generalklausel. <sup>1)</sup> Das Unbehagen an einer direkten Anwendung des Folgenbeseitigungsanspruches entspringt aus dem beim VAmD vorliegenden Dreiecksverhältnis, auf welches der Folgenbeseitigungsanspruch im Grunde nicht zugeschnitten ist. <sup>2)</sup> Hat aber die Behörde den rechtswidrigen Zustand, zumindest mittelbar, herbeigeführt, und ist Folge im Sinne des Folgenbeseitigungsanspruches auch der Zustand, der durch das Gebrauchmachen von dem VA geschaffen wurde, so muß die Behörde im Rahmen der Folgenbeseitigungspflicht auch diesen Zustand - mittelbar durch Erlass eines entsprechenden VA - beseitigen können, ohne ein Ermessen zu bestätigen, wobei Grundlage allein der Folgenbeseitigungsanspruch ist, aus dem diese Pflicht resultiert.

bb) Ebensowenig wie bei der Begründetheit der Anfechtungsklage eine Interessenabwägung zwischen den Interessen der Betroffenen bei der Prüfung, ob eine Rechtsverletzung vorliegt, vorzunehmen ist <sup>3)</sup>, sondern diese Interessenabwägung erst bei der Frage des Vertrauensschutzes erfolgt, kann bei der Entscheidung über das Folgenbeseitigungsbegehren des Dritten eine derartige Abwägung erst bei der Frage, ob die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes tatsächlich oder rechtlich möglich ist, getroffen werden. Die festgestellte Rechtswidrigkeit des VA löst den Anspruch auf Beseitigung aus, der unabhängig von der widerstreitenden Interessenlage besteht. Der Interessengegensatz wird für die Durchsetzbarkeit des Folgenbeseitigungsanspruches von Bedeutung, sofern diese auf rechtliche Unmöglichkeit stößt.

- 
- 1) ausdrücklich Timmermann a. a. O. S. 162; die Schwierigkeit der Anwendung des Folgenbeseitigungsanspruches auf den VAmD ergibt sich gerade daraus, daß die Behörde zwar formal Gegner in dem Rechtsstreit und damit auch Anspruchsgegner des Folgenbeseitigungsanspruches ist, dieser Anspruch sich jedoch letztlich direkt gegen den Begünstigten wendet, so daß die Behörde in eine Beteiligtenrolle gedrängt wird mit der Folge, daß ihre Interessen gegenüber denen der Betroffenen zurücktreten
  - 2) ebenso wie Sellmann DVBL 63, 273; Redeker NJW 59, 749, Rübner DVBL 63, 609 zum Teil mit Recht erklären, daß die Nachbarklage ein Fremdkörper im Verwaltungsstreitverfahren sei
  - 3) vgl. oben B VII 1 b

Einen Fall des rechtlichen Hindernisses stellt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit <sup>1)</sup> dar. Danach ist es der Verwaltung untersagt, Belastungen aufzuerlegen, <sup>2)</sup> die außer Verhältnis zum beabsichtigten Erfolg stehen. Dies ist keine Ermessensentscheidung der Behörde, sondern die - auch gerichtlich nachprüfbare - Subsumtion unter einen Rechtsbegriff. Wird im Rahmen der Anfechtungsklage die Interessenabwägung im Rahmen des Vertrauensschutzes in den Bestand des VA getroffen, dessen Aufhebung begehrt wird, so richtet sich die Interessenabwägung beim Folgenbeseitigungsanspruch nach den tatsächlichen durch den VA entstandenen Verhältnissen. Wird bei der Anfechtungsklage danach gefragt, ob die durch die Baugenehmigung geschaffene objektive Rechtsbeeinträchtigung im Einzelfall aufgrund der Interessenabwägung der Betroffenen Bestand haben kann, stellt sich diese Frage bei dem Folgenbeseitigungsanspruch danach, ob die tatsächliche Auswirkung der objektiv-rechtswidrigen Beeinträchtigung aufzuheben ist. Es findet zwar eine doppelte Interessenabwägung statt, aber mit verschiedenen Inhalten und Zielen. <sup>3)</sup>

Auch bei der Geltendmachung des Folgenbeseitigungsanspruches ist somit eine Interessenabwägung vorzunehmen, wonach die Folgenbeseitigungspflicht <sup>4)</sup> im Einzelfall entfällt, wenn der Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes tatsächliche <sup>5)</sup> oder rechtliche Hindernisse entgegenstehen. <sup>6)</sup>

- 1) vgl. dazu allgemein v. Krauss, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1955; Eyermann-Fröhler § 114 Rdn. 16; vgl. auch § 15 OBGNW u. § 21 POLGNW
- 2) z. B. widerspräche es dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn ein errichtetes Gebäude, das wenige Zentimeter in den Bauwich ragt, nach der Aufhebung der rechtswidrigen Baugenehmigung jetzt abgebrochen werden müßte.
- 3) entgegen Bender, Staatshaftungsrecht Rdn. 114, werden dabei nicht "verschiedene Betrachtungsweisen vermengt" die Abwägung der "antagonistischen Interessen der Betroffenen" geschieht vielmehr abgegrenzt nach bestimmten Inhalten; unklar Kübler-Speidel I Rdn. 84
- 4) in diesem Fall entfällt nur die Folgenbeseitigungspflicht, d. h. der Folgenbeseitigungsanspruch besteht mit der Aufhebung bzw. Rücknahme des VA, nur die Durchsetzbarkeit des Anspruches, der die Folgenbeseitigungspflicht entspricht, wird durch ein Hindernis unmöglich.
- 5) vgl. auch OVG Münster Urt. v. 21. 4. 1964 NJW 64, 1872, ein solches Hindernis wäre die Beseitigung und Wiederherstellung mit unzumutbarem Aufwand oder Mitteln
- 6) für einen Ausgleichsanspruch im Fall des Verneinens der Folgenbeseitigungspflicht vgl. § 39 und § 37 Abs. 3 EVwVG sowie die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins § 37 Abs. 4 und Abs. 7 sowie die Begründung dazu S. 23, 24 der Stellungnahme

## 2. HAUPTTEIL

### C. VORLÄUFIGER RECHTSSCHUTZ

I. Art. 20 II GG und Art. 28 Abs. 1 GG stellen eine Verfassungsentscheidung des Verfassungsgesetzgebers für den sozialen Rechtsstaat <sup>1)</sup> dar. Durch diese verfassungsrechtliche Garantie soll einerseits der Träger öffentlicher Gewalt an Verfassung, Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3) gebunden werden, andererseits der einzelne Schutz in seiner Rechtsstellung durch dafür vorgesehene Institutionen erhalten. Wesentlich für den Rechtsstaatsbegriff ist daher ein kontrollfähiger Rechtsschutz. <sup>2)</sup> Diese Verfassungsgarantie wird in Art. 19 Abs. 4 GG konkretisiert, der die Entscheidung für einen verfahrensrechtlich lückenlosen Rechtsschutz trifft <sup>3)</sup>, gleichzeitig aber auch einen effektiven Rechtsschutz garantiert <sup>4)</sup>, ohne den ein wirkungsvoller Schutz der Individualsphäre nicht erreicht werden kann. Ein Wesensmerkmal des wirksamen Rechtsschutzes bildet der vorläufige Rechtsschutz <sup>5)</sup>, der die "Selbstherrlichkeit" der vollziehenden Gewalt im Verhältnis zum Individuum beseitigt <sup>6)</sup> und damit ein Kernstück des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzsystems <sup>7)</sup> wird, welches Ausdruck des von der Verfassung garantierten rechtsstaatlichen Prinzips ist.

- 
- 1) Zum Begriff vgl. Maunz-Dürig Art. 20 Rdn. 58 ff; von Mangoldt-Klein Art. 20 GG vor Anm. VI; VII S. 600 ff, Menger, Begriff S. 10
  - 2) Maunz-Dürig Art. 20 Rdn. 92
  - 3) Mangoldt-Klein, Art. 19 Anm. VII S. 568; Maunz-Dürig Art. 19 IV Rdn. 1, 9; BGH Urt. v. 21. 9. 1953 = BGHZ 10, 295 (297)
  - 4) Maunz-Dürig Art. 19 IV Rdn. 12, Siegmund-Schultze DVBL 63, 745 (749); Bachof NJW 49, 815, OVG Lüneburg Beschl. v. 1. 6. 1961 = DVBL 61, 520/21
  - 5) BVerwG Beschl. v. 8. 9. 1953 = BVerwGE 1, 11; Finkelnburg vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 1973, S. 1 Anm. 2 und S. 91 Rdn. 204
  - 6) BVerfGE 10, 264 (267) Beschl. v. 12. 1. 1960; Menger Verw. Arch. 55 (1964), 283
  - 7) OVG Lüneburg Beschl. v. 15. 11. 1960 = DVBL 51, 351 (352) Groebe DÖV 1957, 233; BVerwG Urt. v. 8. 9. 1953 = NJW 53, 1067

Nur durch einen wirksamen vorläufigen Rechtsschutz <sup>1)</sup> kann gewährleistet werden, daß der Bürger nicht zum Objekt staatlicher Willkür wird. Was nützt ihm eine Entscheidung des angerufenen Gerichts, wenn in der Zwischenzeit vollendete Tatsachen geschaffen werden und dem Bürger dadurch ein nicht wiedergutzumachender Schaden entstanden ist. <sup>2)</sup>

Das Wesen des vorläufigen Rechtsschutzes im verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzsystem liegt daher in der Beseitigung des Übergewichts der öffentlichen Gewalt, die diese in der Hoheitsverwaltung genießt und in der Wiederherstellung des durch den Rechtsstaat gebotenen Gleichgewichts zwischen dem Staat und dem Bürger. <sup>3)</sup>

Dieses Übergewicht kommt u. a. dadurch zum Ausdruck, daß die Maßnahmen der Verwaltung regelmäßig mit dem Ablauf der Widerspruchsfrist wirksam werden und dementsprechend auch verwirklicht werden können. <sup>4)</sup>

Diesem Gedanken trägt die VwGO in § 80 und § 123, einmal durch den Suspensiveffekt, zum anderen durch das Institut der einstweiligen Anordnung, Rechnung. In beiden Fällen soll verhindert werden, daß vor der endgültigen Entscheidung des Richters ein *fait accompli* geschaffen wird. Beide Institute weisen danach eine gemeinsame Wurzel <sup>5)</sup> auf: Beim Suspensiveffekt sollen die Nachteile vermeiden werden, die durch eine vorzeitige Durchsetzung des Inhalts des angegriffenen VA eintreten würden; im Bereich der einstweiligen Anordnung sollen Schäden verhindert werden, die durch eine Änderung des *status quo* auf andere Weise entstehen können. <sup>6)</sup> Gleichwohl bestehen für beide Institute strukturelle wie materielle Unterschiede, auf die zunächst eingegangen werden soll.

- 
- 1) Der vorläufige Rechtsschutz ist vom vorbeugenden Rechtsschutz zu unterscheiden; diese Unterscheidung - auch in der Terminologie - geht in der Literatur u. Rechtsprechung oft durcheinander.  
Vgl. z. B. Ruckdäschel DÖV 61, 675; der beide Begriffe nebeneinander für den Suspensiveffekt, die einstweilige Anordnung und vorbeugende Feststellungs- und Unterlassungsklage verwendet; ebenso Bettermann, 10 J VvGO, S. 185 (188)
  - 2) vgl. auch Menger, Grundrechte S. 746, BVerwG Urt. v. 7. 9. 1962 DÖV 62, 795
  - 3) ähnl. OVG Lüneburg Beschl. v. 14. 12. 1961 = VvRspr. 14, 752/754; Eyermann-Fröhler § 80 Rdn. 3, 29, Wolff in Anm. zu Urt. OVG Hamm v. 21. 5. 1951 NJW 51, 771 (772); Scholz: Diss. S. 93
  - 4) Eyermann-Fröhler § 80 Rdn. 1; Wolff I § 50 II, s. auch EVwVerfG §§ 31, 33 und die Begründung S. 147 ff
  - 5) darauf hat insbes. Quaritsch hingewiesen a. a. O. S. 220
  - 6) Quartisch a. a. O.

# 1. Materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Funktionen des Suspensiveffektes:

Die materielle Bedeutung des Suspensiveffektes liegt darin, daß vorläufig verhindert wird, daß die in dem VA ausgesprochene Maßnahme durchgesetzt und damit die Rechtssphäre der Zivilperson beeinträchtigt wird. Der status quo ante wird wiederhergestellt, der öffentlichen Gewalt die Möglichkeit genommen, kraft ihres Übergewichts vollendete Tatsachen zu schaffen.

Daraus ergibt sich eine Privilegierung des Bürgers; die noch über eine Waffen-gleichheit hinausgeht, da der Suspensiveffekt automatisch eintritt. Dem Bürger wird generell die Möglichkeit gegeben, Angriffe in seine Rechtssphäre abzuweh-ren, d. h. er kommt selbst dann in den Genuß dieses vorläufigen Rechtsschutzes, und damit möglicherweise in eine ihm nicht zustehende Position, wenn z. B. der VA rechtmäßig und der eingelegte Rechtsbehelf offensichtlich erfolglos sein wird. <sup>1)</sup>

Der Verwaltung wird dadurch die ihr generell gegebene Fähigkeit genommen, die Rechtmäßigkeit des VA für sich in Anspruch zu nehmen und ihn gemäß der behaupteten Rechtmäßigkeit durchzusetzen. <sup>2)</sup>

§ 80 VwGO ist in seiner Funktion nach auf ein Verhältnis Bürger - Verwaltung zugeschnitten. Das Übergewicht der Verwaltung in diesem zweiseitigen Verhält-nis wird durch die Privilegierung des Bürgers abgebaut. Dies wird durch das wohl-abgewogene System des § 80 VwGO gewährleistet, das in sich eine Stufenfolge von Hemmung und Beschleunigung bildet. <sup>3)</sup>

Bedeutsam für die unterschiedliche Struktur von Suspensiveffekt und einstweiliger Anordnung ist weiter, daß bei § 80 VwGO vorläufig Rechtsschutz teilweise durch die Behörde gewährt wird, wobei die Behörde z. B. im Rahmen des § 80 Abs. 2 Nr. 4 eine Ermessensentscheidung trifft. <sup>4)</sup> Zum anderen fehlt in § 80 VwGO eine Schadenersatzpflicht ähnlich dem § 945 ZPO, der bei § 123 VwGO Anwen-dung findet, und zwar aus guten Gründen, da anderenfalls die beabsichtigte Pri-privilegierung durch das Damoklesschwert einer Schadenersatzpflicht teilweise auf-gehoben würde. Zusammenfassend läßt sich sagen:

§ 80 ist zugeschnitten auf das zweiseitige Verhältnis Bürger - Verwaltung, wo-bei durch die Privilegierung des Bürgers dem Staat das Übergewicht genommen, der Bürger Eingriffe bis zur endgültigen Entscheidung erfolgreich abwehren kann.

1) OVG Berlin Beschl. v. 8. 7. 1970 = NJW 70, 2077 u. Beschl. v. 12. 12. 1969 = GewArch. 70, 239; vgl. C II 4 a m. w. N.

2) Scholz, Diss. S. 96

3) Menger, Grundrechte S. 746

4) Koehler § 80 B IV 3 a; Eyermann-Köhler § 80 Rdn. 28; Simon Bay. VBL 66, 267 (268); a. A. Sailer Bay. VBL 68, 86 (88), Löwer DÖV 65, 829 (830)

Daraus folgt, daß § 80 VwGO bei Anfechtungsklagen des Bürgers, der sich gegen belastende Maßnahmen der öffentlichen Gewalt wendet, zur Anwendung gelangt.

## 2. Materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Funktion der einstweiligen Anordnung

a) Ein bedeutsamer Unterschied zum Suspensiveffekt besteht darin, daß die einstweilige Anordnung nur auf Antrag, der wie der Klageantrag (§ 82, S. 1 VwGO) bestimmt sein muß <sup>1)</sup>, bei Gericht gewährt wird und der Vollstreckung fähig ist. Weiter besteht die Möglichkeit, gegen die Ablehnung der einstweiligen Anordnung gem. §§ 146 ff VwGO Beschwerde einzulegen oder im Wege des Widerspruches entsprechend §§ 924, 925 ZPO zu verfahren. <sup>2)</sup>

b) Die einstweilige Anordnung ergeht in einem abgekürzten vorläufigen Verfahren, das als selbständiges Hauptverfahren <sup>3)</sup> neben das Hauptsacheverfahren tritt; im Gegensatz dazu tritt der Suspensiveffekt im Hauptsacheverfahren ein - wenn auch z. B. die Entscheidung des Gerichts über die Aussetzung gem. § 80 Abs. 5 in einem selbständigen Zwischenverfahren erfolgt <sup>4)</sup> - er ist Bestandteil dieses Verfahrens.

c) Die einstweilige Anordnung ergeht gem. § 123 Abs. 1 nur in Bezug auf einen Streitgegenstand und ein streitiges Rechtsverhältnis, durch § 123 Abs. 5 VwGO wird klargestellt, daß § 123 dann nicht eingreift, wenn vorläufiger Rechtsschutz schon durch § 80 VwGO geboten wird.

Daraus läßt sich entnehmen, daß § 123 dann nicht anwendbar ist, wenn gegen einen belastenden VA vorgegangen wird, d. h. sobald die Anfechtungsklage eingreift <sup>5)</sup>, da der Sicherungszweck schon durch den Suspensiveffekt erreicht wird.

---

1) Ule VwGO § 123 II S. 416; OVG Mstr. v. 23. 9. 1958 VwRspr 11, 1028 ff

2) Koehler § 123 Anm. IV S. 983 ff; Eyermann-Fröhler § 123 Rdn. 2, 17; Klinger § 123 Anm. C 6; Redeker-v. Oertzen § 123 Rdn. 1 ff, 15

3) Eyermann-Fröhler § 123 Rdn. 2  
Schuncke-de Clerck § 123 Anm. 4 a

4) Eyermann-Fröhler § 80 Rdn. 50

5) Eyermann-Fröhler § 123 Rdn. 9; Ule VwGO § 123 Anm. I S. 414; allg. auch Kübler-Speidel V Rdn. 141 ff; Amtl. Begr. BT Drucksache 55, 3 WP. S. 44 lautet:

... Für Anfechtungssachen freilich, die ihrer Natur nach nur eine kassatorische Entscheidung bedingen, wird die Funktion der einstweiligen Ver-

d) Im Bereich der einstweiligen Anordnung trägt der Antragsteller die Feststellungslast <sup>1)</sup>, indem er seine Angaben glaubhaft machen muß. Das beweist § 123 Abs. 3 in Verbindung mit § 920 ZPO, wodurch gerade § 86 Abs. 1 S. 1 ausgeschlossen wird.

Fortsetzung der Fn. 5) von S. 100:

fügung von der Regelung des § 80 übernommen. Ergeht ein beschwerender VA, so wird er durch die Einlegung des Widerspruchs oder der Anfechtungsklage wegen der damit verbundenen aufschiebenden Wirkung ipso jure einstweilen ausgesetzt. Dieser Schutz ist stärker als der der einstweiligen Verfügung, weil hier ein Tätigwerden einer Instanz gar nicht mehr abgewartet zu werden braucht. Für den Fall aber, daß von der Behörde die aufschiebende Wirkung beseitigt wird, ist ein besonderes Verfahren in § 80 bereits vorgesehen. Die prozessuale Lage ist dabei für den Betroffenen günstiger als ein Verfahren über die einstweilige Verfügung; denn obgleich der Verwaltungsprozeß wegen der Inquisitionsmaxime eine Beweislast als solche nicht kennt, wirkt es sich doch tatsächlich zu Ungunsten dessen aus, der eine ihm günstige Entscheidung beantragt, wenn es ihm nicht gelingt, eine bei Gericht bestehende Ungewißheit über die Berechtigung des Anspruches auszuräumen. Dieser Nachteil trifft bei der einstweiligen Verfügung den Antragsteller. In einer Verfügung nach § 80 Abs. 5 kehrt sich dieses Verhalten aber zu Ungunsten der Behörde um, denn hier nimmt die Behörde für sich einen Ausnahmetatbestand in Anspruch.

Eine einstweilige Verfügung ist auch für die Anfechtungssachen nicht erforderlich, die einer aufschiebenden Wirkung begrifflich nicht fähig sind, insbesondere also für die Fälle, in denen eine beantragte Erlaubnis abgelehnt wird. Die Anfechtungsklage geht hier nur auf die Beseitigung der Ablehnung, also auf die Herstellung des vor der behördlichen Entscheidung bestehenden Zustandes. Man könnte sagen, daß das Anfechtungsurteil neutralisiert. Das darüber hinaus gehende Ziel des Antragstellers, nämlich die tatsächliche Erlangung der Erlaubnis wird nicht mit der Anfechtungsklage, sondern mit der Verpflichtungsklage verfolgt. Für die Verpflichtungsklage tritt dagegen wiederum das Bedürfnis nach einstweiliger Verfügung auf. Denn wie bei Parteistreitigkeiten hat auch mancher Anspruch auf ein Tätigwerden der Behörde nur dann Wert, wenn er alsbald, und sei es auch nur einstweilig, realisiert werden kann. Es ist eine unmittelbare Förderung des Rechtsschutzes, daß eine Möglichkeit der Realisierung für die eiligen Fälle auch tatsächlich geboten wird. Eine Rechtsordnung, die diese Möglichkeit nicht bietet, gewährt eben nur unvollkommenen Rechtsschutz. Dies verbietet aber schon Art. 19 Abs. 4 GG, der eine Rechtsverletzung durch Untätigbleiben der öffentlichen Gewalt mitumfaßt.

1) s. auch amlt. Begr. zur VwGO; Sellmann DVBL 59, 290 (292), Finkelnburg a. a. O. Rdn. 9

e) Im Verfahren gem. § 123 trifft das Gericht eine Rechtsentscheidung, während im Aussetzungsverfahren gem. § 80 Abs. 5 eine Ermessensentscheidung des Gerichts ergeht. 1) Dem Gericht steht nur bei der Frage des "Wie" der einstweiligen Anordnung ein Ermessensspielraum zu, dagegen nicht bei der Frage des "Ob". 2)

f) Bedeutsam ist weiterhin, daß gem. § 123 Abs. 3 VwGO für den Antragsteller entsprechend § 945 ZPO eine Schadensersatzpflicht entstehen kann. 3) Durch § 123 wird daher eine Waffengleichheit zwischen Bürger und Verwaltung hergestellt 4), was sich einmal aus der Funktion und dem Anwendungsbereich der einstweiligen Anordnung ergibt. Hier soll kein Einbruch in die Rechtssphäre des Bürgers abgewehrt werden, wobei das Übergewicht der Verwaltung beseitigt werden muß, sondern § 123 wendet sich an Beteiligte, die auf gleicher Ebene stehen.

Aus der Fassung des § 123, insbesondere durch die Klarstellung des § 123 V 5), und der Funktion und Wesen beider Institute des vorläufigen Rechtsschutzes wird deutlich, daß zwischen § 80 und § 123 keine Anspruchskonkurrenz besteht. 6) Sobald vorläufiger Rechtsschutz durch die Norm des § 80 VwGO gewährt wird, bleibt für eine einstweilige Anordnung gem. § 123 kein Raum mehr.

Fraglich erscheint dagegen die These, daß § 123 schon dann nicht eingreift, sobald eine Anfechtungsklage erhoben ist 7), da dadurch noch nicht feststeht, ob § 80 auch wirklich auf alle Fälle der Anfechtungsklage anwendbar ist. 8) Es ist zunächst der Eintritt der aufschiebenden Wirkung festzustellen - bzw. daß sie

---

1) Redeker-v. Oertzen § 123 Rdn. 1, 17; Eyermann-Fröhler § 80 Rdn. 48

2) Quaritsch a. a. O. S. 217; Ruckdäschel DÖV 61, 675 f

3) streitig ist dabei, ob § 945 ZPO auch den Beigeladenen schützt, was vor allem bei VAmD bedeutsam wird; s. BHG DVBL 62, 218 einerseits, andererseits Löwer, Anm. zu dieser Entscheidung; Klinger S. 568; Redeker-v. Oertzen § 123 Rdn. 35 ausführlich auch unter C IV 2

4) Quaritsch a. a. O. S. 220 - Kopf Diss. S. 127 ff

5) darauf hat insbes. Quaritsch a. a. O. S. 219 hingewiesen

6) Quaritsch a. a. O. S. 221; Wieseler a. a. O. S. 175; Finkelnburg a. a. O. Rdn. 14, m. w. N.

7) so aber die h. M. Redeker-v. Oertzen § 123 Anm. A I 1; Koehler § 123 Anm. VII 1, OVG Koblenz Beschl. v. 31. 5. 58 = VwRspr. 11, 879 (880); Finkelnburg a. a. O. Rdn. 14

8) einschränkend z. T. Eyermann-Fröhler § 123 Rdn. 9, auch Schunck-de Clerck § 123 Anm. 3 b

kraft Gesetzes nicht eintritt -, bevor ein Antrag auf einstweilige Anordnung als unzulässig abgelehnt wird. <sup>1)</sup>

## II. Vorläufiger Rechtsschutz bei der Anfechtungsklage gegen einen VAmD

Wie die unterschiedliche Struktur der §§ 80 und 123 gezeigt hat, hängt die Form des vorläufigen Rechtsschutzes zunächst davon ab, welche Klageart für den VAmD als die richtige angesehen wird. Kommt nur eine Verpflichtungsklage in Betracht, so scheidet § 80 VwGO von vornherein aus; ist die richtige Klageart dagegen in einer Anfechtungsklage zu sehen, so wird in der Regel vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 VwGO gewährt, es sei denn, § 80 sei auf den VAmD nicht anwendbar.

Durch die Feststellung der Anfechtungsklage als die in diesem Fall richtige Klageart, scheint auch die Entscheidung für die Form des vorläufigen Rechtsschutzes gefallen zu sein, da im Rahmen einer Anfechtungsklage einstweilige Anordnungen nicht erlassen werden können, vorläufiger Rechtsschutz also nur über § 80 VwGO möglich ist. <sup>2)</sup>

Diese Behauptung findet ihre Stütze in § 123 Abs. 5. Fraglich ist aber, ob diese Bestimmung wirklich diese apodiktische Feststellung trifft, daß bei einer Anfechtungsklage vorläufiger Rechtsschutz im Wege einer einstweiligen Anordnung nicht möglich sei.

### 1. Bedeutung des § 123 Abs. 5 VwGO

Nach § 123 Abs. 5 VwGO findet die einstweilige Anordnung keine Anwendung auf die Vollziehung eines angefochtenen VA oder die Beseitigung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs. Dieser Wortlaut legt die Unterscheidung in zwei Alternativen dar.

Die erste Alternative (keine Anwendung auf die Vollziehung des angefochtenen

- 
- 1) Quaritsch a. a. O. S. 221/222; dies ist vor allem für den VAmD bedeutsam, da äußerst streitig ist, ob bei ihm ein Suspensiveffekt überhaupt möglich ist; vgl. auch Redeker-v. Oertzen § 80 Rdn. 7 ff
  - 2) so die h. M. z. B. Koehler § 123 Anm. VII, 1; Eyermann-Fröhler § 123 Rdn. 9 u. § 80 Rdn. 11; Finkelnburg a. a. O. Rdn. 335 ff; Ule § 67 1, 2 S. 250; Wieseler a. a. O. S. 175 OVG Koblenz VwRspr. 11, 879 (880); Scholz, Schl. -Holst. Anz. 1963, 156 (157)

VA) scheint sich gegen die Behörde oder den sonst Vollziehenden zu richten, <sup>1)</sup> Die zweite Alternative scheint sich nur an die Behörde zu richten, in dem die Beseitigung der aufschiebenden Wirkung nur gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO möglich sein soll. <sup>2)</sup>

Dagegen scheint Ule <sup>3)</sup> der Meinung zu sein, daß § 123 Abs. 5 VwGO sich außerdem gegen den Bürger richte und ihm verwehre, eine einstweilige Anordnung zu erlangen, da seine Interessen schon durch § 80 VwGO gewahrt werden.

Fromm <sup>4)</sup> dagegen sieht die Bedeutung des § 123 Abs. 5 lediglich darin, daß § 123 Abs. 5 die Spezialität des § 80 gegenüber § 123 statuiere. Ebenso meint Quaritsch <sup>5)</sup>, daß § 123 Abs. 5 nur ein niemals bezweifelltes Ergebnis darstelle (da eine einstweilige Anordnung im Bereich der aufschiebenden Wirkung nicht mehr möglich sei), § 123 Abs. 5 praktisch überflüssig sei.

Auch aus der Entstehungsgeschichte des § 80 läßt sich für § 123 Abs. 5 keine selbständige Bedeutung im Sinne von Ule und Redeker-v.Oertzen gewinnen. Im Regierungsentwurf der VwGO <sup>6)</sup> war vorgesehen, daß die Behörde "die aufschiebende Wirkung durch besondere Anordnung ganz oder zum Teil beseitigen" kann. Der aufschiebenden Wirkung stand die Beseitigung derselben und der Beseitigung die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht gegenüber.

Der Regiergungsausschuß <sup>7)</sup> ersetzte lediglich die "Beseitigung der aufschiebenden Wirkung" durch die Anordnung der Vollziehung (jetzt § 80 Abs. 2 Nr. 4). Die "Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung" durch das Gericht blieb bestehen, es wurde lediglich noch eine "Anordnung der aufschiebenden Wirkung" hinzugefügt (jetzt § 80 Abs. 5).

In § 123 Abs. 5 dagegen behielt man "die Beseitigung der aufschiebenden Wirkung" bei, man zog also aus der Umformulierung des § 80 für § 123 Abs. 5 keinerlei Konsequenzen. <sup>8)</sup>

- 
- 1) Redeker-v.Oertzen § 123 Rdn. 4: die Behörde soll "den Vollzug nur mit Verwaltungsmitteln" erreichen
  - 2) ähnliche Unterscheidung trifft Wieseler S. 175, § 25 1
  - 3) Lehrbuch § 67 I 2
  - 4) DVBL 1966, 241 (244), derselbe DVBL 1962, 801 (803) u. BB 1962, 985 (986)
  - 5) Quaritsch a. a. O. S. 219
  - 6) BT-Drucksache 55 - 3 WP - § 81 (jetzt § 80)
  - 7) BT Drucksache 1094 - 3 WP - § 81
  - 8) vgl. auch Protokoll Nr. 49 des Rechtsausschusses v. 6. 2. 1959 S. 4 ff, 26 ff zu § 122 Abs. 5

Es erscheint daher fraglich, ob § 123 Abs. 5 tatsächlich zwei Alternativen besitzt und nicht vielmehr beide Ausdrücke dasselbe meinen, da das Verhältnis von "Vollziehung des angefochtenen VA" und "Beseitigung der aufschiebenden Wirkung", der in § 80 die "Anordnung der Vollziehung" entspricht, unklar bleibt. <sup>1)</sup>

Die Meinung Ule's <sup>2)</sup>, die die zweite Alternative des § 123 Abs. 5 auf bereits vollzogene VA bezieht, findet jedenfalls in der Entstehungsgeschichte und im Wortlaut keine hinreichende Stütze. <sup>3)</sup>

Vielmehr scheint durch ein Nichterkennen der Bedeutung des Wortlautes von § 123 Abs. 5 im Hinblick auf § 80 bei der Umformulierung die zweite Alternative des § 123 Abs. 5 keinerlei selbständige Bedeutung zu besitzen <sup>4)</sup>, sondern § 123 Abs. 5 besagt lediglich, daß, sobald die aufschiebende Wirkung durch einen Rechtsbehelf eingetreten ist, diese aufschiebende Wirkung nicht mit Hilfe der einstweiligen Anordnung beseitigt werden kann, eine einstweilige Anordnung also eine Vollziehungsanordnung nicht ersetzen, vielmehr dies nur mit den in § 80 beschriebenen Möglichkeiten geschehen kann.

Allein darin erschöpft sich die Bedeutung des durch unbedachte Entwurfsänderungen so unklar gewordenen § 123 Abs. 5. § 123 Abs. 5 beinhaltet lediglich eine Abgrenzungsfunktion im Hinblick auf den speziellen § 80, dagegen läßt sich aus § 123 Abs. 5 nicht entnehmen, daß für bestimmte Klagearten vorläufiger Rechtsschutz nach § 123 und für andere nach § 80 VwGO gewährt werden müsse. <sup>5)</sup>

Diese Wertung ergibt sich nur aus der Anwendbarkeit des § 80 auf die Anfechtung eines VA, wobei aber wiederum § 80 auf den speziell angefochtenen VA anwendbar sein muß. Aus der Entscheidung für die Anfechtungsklage läßt sich daher noch kein zwingender Schluß auf ein bestimmtes Institut des vorläufigen Rechtsschutzes ziehen. <sup>6)</sup> Vielmehr ist zu untersuchen, ob der VAmDD unter den Wortlaut und den Sinn des § 80 zu subsumieren ist.

---

1) Siegmund-Schultze DVBL 1963, 745 (749)

2) Lehrbuch § 67 I 2

3) Kopf Diss. S. 72

4) so auch Quaritsch a. a. O. S. 225 u. Siegmund-Schultze a. a. O. S. 749; Kopf Diss. S. 73, Scholz Schl. H. Anz. 1963, 156 (157)

5) so auch Baur a. a. O. S. 36 der ausführt: "... es handelt sich (bei § 123) nicht um ein rein prozessuales Institut, das sich an den Klagearten ausrichtet.

6) Daumann, Diss. S. 83; Kellner DÖV 63, 425 (426)

## 2. Der vorläufige Rechtsschutz nach § 80 VwGO

Gemäß § 80 Abs. 1 haben Widerspruch und Anfechtungsklage gegen einen VA aufschiebende Wirkung. § 80 Abs. 1 S. 2 VwGO beendet den vor Erlaß der VwGO bestehenden Streit <sup>1)</sup>, ob der Suspensiveffekt auch rechtsgestaltende VA erfaßt, zugunsten des Suspensiveffektes auch für diese VA.

Fraglich ist, ob sich aus dieser Formulierung ergibt, daß der Suspensiveffekt für alle angefochtenen belastenden VA eintreten soll und worin dieser Suspensiveffekt besteht.

Der VGH Kassel <sup>2)</sup> ist bezüglich der Nachbarklage der Meinung, daß die Baugenehmigung weder ein vollziehbarer noch ein rechtsgestaltender, sondern ein feststellender VA sei, für den § 80 nicht anwendbar sei.

Als Begründung wird lediglich angegeben, "es sei kein Grund ersichtlich, die aufschiebende Wirkung über den Wortlaut des § 80, auch auf den feststellenden VA auszudehnen". <sup>3)</sup> Abgesehen von der Behauptung, die Baugenehmigung sei ein feststellender VA <sup>4)</sup> ist auch der Ausschluß des Suspensiveffektes bei feststellenden VA nicht unbedenklich.

Aus dem Wortlaut des § 80 Abs. 1 VwGO läßt sich die Meinung des VGH Kassel nicht eindeutig begründen. § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO erklärt nur, daß eine aufschiebende Wirkung eintritt, sagt aber nicht, daß diese Wirkung nur bei solchen VA gegeben sein soll, die zu ihrer Wirksamkeit vollzogen werden müssen. Dies wird durch die Begründung zum Regierungsentwurf <sup>5)</sup> deutlich, danach soll "von der aufschiebenden Wirkung jeder VA erfaßt werden, gleichgültig, ob er eines besonderen Vollzuges bedarf oder nicht, wenn er nur begrifflich der aufschiebenden Wirkung fähig ist." Auf die Vollziehung kommt es danach nicht an. Hin-

1) gegen Suspensiveffekt bei rechtsgestaltenden VA: Hess. VGH Beschl. v. 20. 5. 1950 = DVBL 1951, 125 (126) OVG Münster Beschl. v. 30. 4. 1952 = DVBL 53, 25 (26) Kammer DVBL 50, 589

dafür: BVerwG Beschl. v. 11. 12. 1953 = BVerwGE 1, 45 (48), DVG Hamburg Beschl. v. 6. 2. 1954 = NJW 54, 488, Hess. OVG Beschl. v. 11. 8. 1951 = DVBL 51, 698, Bay VGH Beschl. v. 18. 3. 1954 = DVBL 54, 474 (475)

2) Beschl. v. 12. 7. 1966 = NJW 1966, 2184; auch schon Beschl. v. 15. 1. 1964 = DÖV 1964, 783; u. Beschl. v. 30. 6. 1961 - QS IV 24/61 - mitgeteilt bei Hauelsen NJW 1964, 2040; ebenso Weigert BayVBL 66, 16 f; vgl. auch Kübler-Speidel V Rdn. 106 m. w. N.

3) ähnl. auch Kersten Bay VBL 1961, 233 (236) u. Kammer DVBL 51, 699 (700) in seiner zustimmenden Anm. zum Beschl. VGH Kassel v. 11. 8. 1951

4) dazu Manfr. Meyer Diss. S. 151 ff; Weidemann NJW 1967, 124; Timmermann a. a. O. S. 102 f; Heintze NJW 63, 1432 Fußn. 15

5) BT-Drucksache 55 - 2 WP - § 81 S. 39

sichtlich der Erwähnung der rechtsgestaltenden VA in § 80 Abs. 1 S. 2. VwGO soll für diese keine konstitutive Ausnahme geschaffen werden, sondern lediglich der Streit um den Suspensiveffekt bezüglich dieser VA beigelegt werden; § 80 Abs. 1 S. 2 dient daher nur der Klarstellung, stellt aber keine Ausschlußwirkung für feststellende VA dar. Vielmehr tritt die aufschiebende Wirkung bei jedem VA ein, also auch dem feststellenden, der einer solchen aufschiebenden Wirkung fähig ist. <sup>1)</sup>

#### a) Begriff und Inhalt des Suspensiveffektes

Auch nach Erlass der VwGO ist weiterhin streitig, worin das Wesen des Suspensiveffektes liegt.

Die einen sehen den Inhalt des Suspensiveffektes in der Hemmung der Wirksamkeit <sup>2)</sup>, die anderen in der Hemmung der Vollziehung <sup>3)</sup>, wobei wiederum streitig ist, was unter dem Begriff Vollziehung verstanden wird, wiederum andere sehen das Wesen des Suspensiveffektes in einer Hemmung der Verwirklichung des

- 1) so auch die h. M., Eyermann-Fröhler § 80 Rdn. 2, 9; Finkelburg a. a. O. Rdn. 209; Schunck-de Clerck § 80 Anm. 2 e, Meyer Manf. Diss. S. 152/153; Siegmund-Schultze DVBL 1963, 745 (748) Anm. 31; de Clerck DÖV 1964, 152; Peters DÖV 1965, 744 (750); Wieseler a. a. O. S. 39; Kübler-Speidel V Rdn. 106; die Frage, ob § 80 VwGO auch für feststellende VA gilt, hängt somit vom Begriff der aufschiebenden Wirkung ab; dazu unten C II 2 a
- 2) Lit.: Haueisen NJW 53, 1165 (1166); Siegmund-Schultze Diss. S. 65 ff; derselbe DVBL 1963, 745 ff; Lamberg NJW 64, 711; Ruckdäschel DÖV 61, 675 (684); Bachof JZ 66, 475 Nr. 281; Bender NJW 66, 1989 (1993); Tschira-Schmidt BayBgm 1962, 1 (2); Schäfer DVBL 62, 844 (849); Eyermann-Fröhler § 80 Rdn. 4 u. 7; Ule VwGO § 80 Anm. I 1 a; derselbe Lehrbuch § 61 I; auch Fleiner, Institutionen S. 233 (§ 15 II 1c); Scholz Diss. S. 79 ff. (89); Schröcker a. a. O. S. 124 ff (127); Manfr. Meyer Diss. S. 155 ff. 158; Körner Bay. VBL 59, 47, 49  
Rspr. LVG Hannover Beschl. v. 28. 10. 1949 = VwRspr. 2, 114 (115) OVG Lüneburg Beschl. v. 15. 12. 1953 = OVG 7, 412 (414); OVG Koblenz Beschl. v. 19. 12. 1954 = AS 3, 150; Hess. VGH Beschl. v. 27. 8. 1953 = DVBL 54, 301; Bay. VGH Beschl. v. 9. 5. 1960 = BayVBL 60, 356; BVerwG Beschl. v. 9. 9. 1960 = V. Senat = NJW 61, 90; Bay VGH Beschl. v. 11. 8. 1955 = BBZ 56, 187
- 3) Koehler VwGO § 80 Anm. A II 1; Klinger VwGO § 80 Anm. B 3; Redeker-v. Oertzen § 80 Rdn. 1; Schunck-de Clerck § 80 Anm. 2 a; Kammer DVBL 50, 589; Jung NJW 61, 159 (160); Daumann Diss. S. 166 ff. Wolff § 51 IV d. 3. S. 344 u. auch § 161 V d 1 S. 297; Forsthoff § 26, 2 c;

angefochtenen VA <sup>1)</sup>, wobei der Begriff der Verwirklichung teilweise als gleichbedeutend mit dem Begriff der Vollziehung gebraucht wird, dessen Inhalt aber erweitert wurde. <sup>2)</sup>

## b) Begriff der Vollziehung

Ausgangspunkt der Untersuchung über den Inhalt des Suspensiveffektes muß der Vollzugsbegriff sein, denn je weiter dieser Begriff ist, um so mehr VA werden dann von der aufschiebenden Wirkung - wie das Beispiel des VGH Kassel zeigt - erfaßt.

Ursprünglich verstand man unter Vollziehung nur die zwangsweise Durchsetzung eines VA durch behördliche Maßnahmen <sup>3)</sup>, Vollziehung setzte daher immer ein behördliches Handeln voraus.

Diese Interpretation des Vollziehungsbegriffes setzte einen VA voraus, der eines derartigen Vollzuges überhaupt noch fähig war. Ausgeschlossen war danach das Eingreifen des Suspensiveffektes bei rechtsgestaltenden und feststellenden VA, diese VA trugen "ihre Vollziehung gewissermaßen in sich" <sup>4)</sup>, es bedurfte zur Herstellung des dem VA entsprechenden Zustandes keiner behördlichen Maßnahme mehr. Nach Erlaß der VwGO <sup>5)</sup>, nach der gem. § 80 Abs. 1 S. 2 auch

---

Fortsetzung der Fn. 3) von S. 107:

Quaritsch a. a. O. S. 225 ff. Fromm DB 62, 985 derselbe DVBL 63, 564 f; Zschacke NJW 54, 1436 f; Wilhelm BayVBL 65, 189 (202); de Clerck NJW 61, 2223 ff. anders dagegen ohne ausdrückliche Aufgabe der früheren Meinung derselbe DÖV 64, 152, Finkelnburg a. a. O. Rdn. 205.

Rspr. BVerwG Beschl. v. 7. 9. 1962 = DÖV 62, S. 96 (6. Senat) Urt. v. 21. 6. 1961 = BVerwGE 13, 1 ff (8. Senat); Urt. v. 8. 2. 1963 = VwRspr 15, 890 (7. Senat) vgl. auch Wieseler a. a. O. S. 78 ff. m. w. N.; Finkelnburg a. a. O. m. w. N.

- 1) Heintze NJW 63, 1430 (1433); Wieseler a. a. O. S. 143 ff. Janicke NJW 63, 838 (839) der aber den Begriff des Verwirklichen eng auslegt. Jung NJW 61, 159 (160); Amberg Diss. S. 123 Hess. VGH Beschl. v. 20. 3. 1964 = DVBL 64, 69.
- 2) so Quaritsch a. a. O. S. 225 ff; Heintze NJW 64, 1433; Wieseler a. a. O. S. 39; vgl. auch Finkelnburg a. a. O. Rdn. 205, 208 u. Kübler-Speidel V Rdn. 98 ff jeweils m. w. N.
- 3) vgl. Quaritsch a. a. O. S. 227 Anm. 79 m. w. N.; Bender NJW 66, 1990, widersprüchlich BVerwG Urt. v. 21. 6. 1961 = Bd. 13, 1 ff (6) unter Hinweis auf Schröcker a. a. O. S. 128
- 4) so Kammer DVBL 1950, 589
- 5) vorher hatte schon z. T. die Rspr. den an der Eingriffsverwaltung orientier-

rechtsgestaltende VA dem Suspensiveffekt unterliegen sollen, wurde eine Möglichkeit zur Erweiterung des Vollzugsbegriffes durch das Gesetz selbst gegeben.

Aus der Verbindung von § 80 Abs. 1 S. 2 - § 80 Abs. 2 Nr. 4 (Anordnung der sofortigen Vollziehung) und § 80 Abs. 5 (Aufhebung der Vollziehung) ist eindeutig zu schließen, daß auch rechtsgestaltende VA der Vollziehung fähig sind.<sup>1)</sup> Worin liegt aber bei diesem VA die Vollziehung, wenn die Maßnahme der Behörde nur in der Gestaltung oder Feststellung einer Rechtslage besteht und sich ihre Tätigkeit mit dem Erlaß des VA erledigt? Bei diesem VA kann der Vollzugsbegriff kein Element des behördlichen Zwanges mehr enthalten, vielmehr sind zumindest auch sonstige behördliche Akte, mit denen tatsächliche und rechtliche Folgerungen aus dem angefochtenen VA gezogen werden, darunter zu fassen.<sup>2)</sup> Fraglich erscheint dagegen, ob man bei einer Neuorientierung des Vollziehungsbegriffes das Element des behördlichen Handelns ganz entfallen lassen kann und jede Verwirklichung des Inhalts des VA, sei es nun durch ein Handeln der Behörde oder des Adressaten, sei es durch Anerkennung der durch den VA geschaffenen Rechtslage, unter den Begriff des Vollzuges fassen kann.<sup>3)</sup> Ein Anhaltspunkt für eine solch weite Auslegung des Vollzugsbegriffes läßt sich aus der Begründung des Regierungsentwurfs nicht entnehmen, da darin nicht erklärt wird, worin der Suspensiveffekt besteht.<sup>4)</sup>

Fortsetzung der Fn. 5) von S. 108:

ten Vollzugsbegriff aufgegeben, in dem sie die Einstellung der Gehaltszahlung bei der Beamtenentlassung als noch von der Vollziehung erfaßt ansah, so BVerwGE 1, 45 (48) Beschl. v. 11. 2. 1953; vgl. auch Finkelburg a. a. O. Rdn. 208

OVG Münster Beschl. v. 26. 11. 1952 - DVBL 52 - auch OVG Münster Beschl. v. 26. 11. 1952 = AS 6, 189 (194) "auch ein rechtsgestaltender VA kann, mindestens in einzelnen Bestimmungen vollzogen werden."

- 1) dies zeigt auch die Begr. zum Reg. Entw. der VwGO BT-Drucksache 55 - 3 WP - S. 39, wonach "jeder VA von der aufsch. Wirkung erfaßt wird, gleichgültig, ob er eines besonderen Vollzuges bedarf oder nicht". Es ist also nicht mehr von Bedeutung, ob der angefochtene VA eines besonderen Vollzuges fähig ist, d. h. ob die Behörde durch Zwangsmaßnahmen den Inhalt des VA durchsetzen kann oder nicht; s. auch Wieseler a. a. O. S. 36/37; Menger/Ericksen VwArch. Bd. 60, 1969, 381 (383)
- 2) vgl. im einzelnen Daumann Diss. S. 19; Wieseler a. a. O. S. 36 ff
- 3) so auch Quaritsch a. a. O. S. 227; Heintze a. a. O. S. 1432; Jung NJW 61, 160; Sellmann DVBL 63, 282 bezeichnet diese Auslegung als "etwas gewagt". Auch Wolff Bd. III § 161 V d. 1 u. 3.
- 4) Zur Auslegung und Interpretation des Entwurfs und der Stellungnahme von Bundesrat, Anwaltsverein u. Rechtsausschuß des Bundestages - s. ausführl.

Gleichwohl läßt § 80 Abs. 1 S. 2 den Schluß auf eine weite Interpretation zu.<sup>1)</sup> Die rechtsgestaltenden VA lassen sich in VA einteilen, bei denen einmal aus dem Erlaß des VA sich noch weitere Folgen für den Betroffenen ergeben, z. B. bei der Beamtenentlassung die Einstellung der Gehaltszahlung, zum anderen in VA, bei denen sich für die Behörde die ergebenden Rechtswirkungen mit dem Erlaß des VA erschöpfen, z. B. die Erlaubnisse und Konzessionen (Baugenehmigungen), d. h. allein der Adressat des VA die weiteren Folgen aus dem VA ziehen, er den dem VA entsprechenden Zustand herstellen kann.

Bei diesen rechtsgestaltenden und feststellenden VA fehlt es an jeder behördlichen Einflußnahme. Wenn aber § 80 Abs. 1 S. 2 VwGO alle rechtsgestaltenden VA der aufschiebenden Wirkung unterstellt, kann davon ausgegangen werden, daß auch diese zweite Gruppe der VA darunter zu fassen ist.

Daumann<sup>2)</sup> wendet sich gegen diese zweite Interpretation mit folgender Begründung: Wenn der Vollzug eines VA auch durch den Bürger geschehen kann, so würde z. B. bei der Bauerlaubnis, die dem Bauherrn allein das Bauen gestattet, mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO diese dem Bauherrn vorher begünstigende Erlaubnis mit der sofortigen Vollziehung in eine Belastung umgewandelt, da durch das Wort "anordnen" zum Ausdruck komme, daß der Bauherr nun von der Erlaubnis alsbald Gebrauch machen müsse; es würde für ihn eine Rechtspflicht zum Bauen begründet. Zur Stützung seiner The-

---

Fortsetzung der Fn. 4) von S. 109:

Wieseler a. a. O. § 83 ff; Wieseler kommt auch nach einer ausführl. historischen, komperativen und teleologischen Interpretation des § 80 zum Begriff des Suspensiveffektes als Vollziehungsverbot, wobei der Begriff der Vollziehung als Verwirklichung des VA definiert wird.

- 1) Anders dagegen § 69 FGO, der ausdrücklich von einer Hemmung der Vollziehung spricht "insbesondere (werde) die Erhebung einer Abgabe nicht aufgehalten."

Dadurch wird deutlich das behördliche Element in den Vordergrund gerückt. Eine freiwillige Zahlung aufgrund eines steuerlichen Leistungsgebotes sowie die Entgegennahme und Verbuchung freiwillig geleisteter Zahlungen sind dagegen keine Vollziehung i. S. d. § 6 FGO (BFH) v. 9. 8. 1966 = BFHE 86, 723 u. v. 15. 2. 1967 = BFHE 88, 76; Vollziehung wird danach im überkommenen Sinne als Vollstreckbarkeit aufgefaßt, was sich aus der besonderen Struktur des Finanzwesens als reine Eingriffsverwaltung erklären läßt. (Hübschmann-Hupp-Spitaler Kommentar zur AO Bd. V § 69 FGO Rdn. 1, 5); dasselbe gilt für § 242 AO.

- 2) Daumann Diss. S. 80

se führt er einen Beschluß des OVG Lüneburg v. 12. 12. 1962 <sup>1)</sup> an. Dieser Beschluß betraf aber die Erlaubnis nach § 20 PersBefG. Da im PBefG mit Erteilung der Erlaubnis auch eine Pflicht zur Ausnutzung dieser Erlaubnis verbunden ist, § 21 PBefG, ergibt sich diese Pflicht nicht aus der Anordnung der sofortigen Vollziehung, sondern aus der Erlaubnis selbst. <sup>2)</sup>

Für die Bauerlaubnis entsteht durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung keine Baupflicht. Vielmehr wird die Hemmung der Verwirklichung der Genehmigung, die mit der aufschiebenden Wirkung eintrat, beseitigt, so daß der Bauherr wieder in derselben Position steht wie zu Anfang, als er die Bauerlaubnis erhielt.

Er kann wieder bauen, d. h. den VA verwirklichen, eine derartige Pflicht besteht nicht. Das Wort "anordnen" besagt lediglich, daß die Behörde verbindlich die Hemmung der Verwirklichung beseitigen kann.

Allein eine weite Interpretation des Vollzugsbegriffes läßt sich mit der modernen Entwicklung und Ausgestaltung des Verwaltungsprozeßrechtes vereinbaren. Das Verwaltungsprozeßrecht war bisher an den Erfordernissen der Eingriffsverwaltung orientiert, die nur einen Vollzugsbegriff mit behördlichem Element kannte. In den Jahren nach dem 2. Weltkrieg wurde jedoch die Eingriffsverwaltung immer mehr von der leistenden Verwaltung, der Daseinsvorsorge <sup>3)</sup>, verdrängt. Diese leistende Verwaltung kann nicht mehr mit dem überkommenen Vollzugsbegriff gemessen werden <sup>4)</sup>, vielmehr bedarf es einer Neuinterpretation dieses Begriffes. Nach Sinn und Zweck soll der Suspensiveffekt, auch in der leistenden Verwaltung, den einzelnen vor Beeinträchtigungen durch die öffentliche Gewalt schützen. Bei einem Ausschluß des Suspensiveffektes auf einen Teil der rechtsgestaltenden VA würde aber eine Lücke in diesem System entstehen <sup>5)</sup>, die durch § 80 Abs. 1 gerade nicht gewollt ist.

Eine dem Sinn und Zweck des § 80 entsprechende Interpretation, die an Art. 19 Abs. 4 GG orientiert ist, führt daher zu einer weiten Fassung des Vollzugsbegriffes. Vollziehung bedeutet danach jede Verwirklichung oder Anerkennung des Inhalts des VA, sei es durch die Behörde oder durch den Adressaten <sup>6)</sup>, einerlei ob

- 
- 1) DVBL 63, 335 = Schl. Holst. Anz. 1963, 107 ff
  - 2) so auch Scholz Schl. Holst. Anz. 1963, 156 (160)
  - 3) vgl. Menger DÖV 1955, 587 (589); Krüger DVBL 55, 381  
Klein DVBL 1950 Heft 8 67 (121)
  - 4) Jung NJW 1961, 159/160; vgl. auch Redeker-v. Oertzen § 80 Rdn. 1
  - 5) vgl. auch Quaritsch a. a. O. S. 227; Wieseler a. a. O. S. 143
  - 6) so auch Quaritsch a. a. O.; Wieseler a. a. O. S. 143, Heintze a. a. O. S. 1432/1433, Bonk Schl. H. Anz. 70, 209 (210), ähnl. Ruckdäschel DÖV 61, 675 (677); Jung a. a. O. S. 160; Redeker-v. Oertzen § 80 VwGO Rdn. 1

dafür eine besondere Ausführungsmaßnahme notwendig ist oder ob die Rechtswirkung durch den VA allein eintritt.

c) Inhalt des Suspensiveffektes als Vollzugs- oder Wirksamkeitshemmung

Mit dem Hinweis auf den in Art. 19 Abs. 4 GG garantierten effektiven Rechtsschutz wird der Inhalt der aufschiebenden Wirkung z. T. als Wirksamkeitshemmung definiert <sup>1)</sup>, das folge daraus, daß bei einigen rechtsgestaltenden VA eine Vollziehung (im Sinne des hergebrachten Vollziehungsbegriffes) nicht möglich sei; da § 80 Abs. 1 aber allen VA die aufschiebende Wirkung zuerkenne, könne diese nur in einer Hemmung der Wirksamkeit zu sehen sein. <sup>2)</sup>

Eine Begründung dieser Meinung wird vor allem von Scholz und Siegmund-Schultze gegeben, daher sollen diese Argumente kurz untersucht werden. Scholz <sup>3)</sup> kommt zum Inhalt des Suspensiveffektes als Wirksamkeitshemmung durch seine von der h.M. abweichende Ansicht über die Stellung des rechtswidrigen VA. Danach ist ein rechtswidriger VA zunächst schwebend unwirksam, kann also keine Verpflichtung oder Berechtigung begründen. <sup>4)</sup> Ein Suspensiveffekt kann dann auch nur verhindern, daß eine solche Verpflichtung entsteht, was nur durch eine Wirksamkeitshemmung erreicht werden kann. Eine Hemmung der Vollziehbarkeit scheidet aus, da ein schwebend unwirksamer VA keine Rechtsgrundlage für die Vollziehung ist.

Da Rechtsschutz aber nicht nur gegenüber dem rechtswidrigen, sondern auch dem rechtmäßigen VA möglich sein muß, werde der rechtmäßige VA dem rechtswidrigen gleichgestellt <sup>5)</sup>, so daß auch im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes eine Gleichstellung erfolgen muß, also in diesem Fall eine Wirksamkeitshem-

---

Fortsetzung der Fn. 6) von S. 111:

BVerwG Beschl. v. 21. 6. 1961 = BVerwGE 13, 1 ff; OVG Mstr. Beschl. v. 29. 10. 1963 OVG 8, 65 (67); u. v. 8. 2. 1956 = OVG 10, 302 (303); vgl. auch BGH Urt. v. 28. 3. 1955 = BGHZ 17, 84 der Sinn des Suspensiveffektes liegt darin "den Kläger vor nachteiligen Folgen des VA zu verschonen" widerspricht aber dann "die Schonung kann nur durch Hemmung der Wirksamkeit erreicht werden."

- 1) so insbes. Siegmund-Schultze DVBL 1963, 745 (749/50); Eyermann-Fröhler § 80 Rdn. 4 u. 7
- 2) Siegmund-Schultze a. a. O. u. S. 748; vgl. auch m. w. N. Kübler-Speidel V Rdn. 98 ff; u. Finkelnburg Rdn. 205
- 3) Scholz Diss. S. 79 ff
- 4) Scholz Diss. S. 79 ff (87)
- 5) Scholz a. a. O. S. 88

mung eintritt. 1)

Diese Ansicht geht zunächst von einer falschen Prämisse aus und ist auch in sich widersprüchlich. Abgesehen von der Behauptung, der rechtswidrige VA sei schwebend unwirksam, er könne den Bürger nicht verpflichten 2), läßt sich die Hemmung der Wirksamkeit beim Suspensiveffekt mit dieser Auffassung nicht vereinbaren.

Wenn der VA sowieso schon schwebend unwirksam ist, wie soll dann noch eine Wirksamkeitshemmung aussehen? Ist der VA dann doppelt unwirksam? Der Suspensiveffekt kann gar nicht verhindern, daß eine Verpflichtung auf der einen und eine Berechtigung auf der anderen Seite entsteht 3), da der rechtswidrige VA diese Fähigkeit von vornherein nicht hat. Der Suspensiveffekt kann hier nur verhindern, daß die Behörde den VA trotz fehlender Verpflichtung des Bürgers vollzieht.

Die Argumentation von Scholz müßte umgekehrt lauten: der rechtswidrige VA wird dem rechtmäßigen solange gleichgestellt, bis über ihn entschieden wurde, auch der rechtswidrige VA entfaltet danach Verpflichtungen und Berechtigungen, die gerade durch § 80 aufgehoben werden sollen; anders hätte § 80 gar keinen Sinn; er würde sonst nur auf die Anfechtung eines rechtmäßigen VA Anwendung finden.

---

1) Scholz a. a. O. S. 89

2) diese Auffassung widerspricht den VwVollstr. G, wonach zunächst jeder VA der Vollstreckung fähig ist, zum anderen würde die Effektivität der Verwaltung entscheidend gelähmt, da eine Rechtsunsicherheit bzgl. der Verpflichtung des Bürgers bestände: Man stelle sich das Chaos auf den Straßen vor, wenn alle rechtswidrigen Verkehrsschilder gegenüber dem Bürger keine Verpflichtung zum Befolgen dieses Schildes auslösen würden! vgl. auch § 33 EVwVerfG m. Begr. S. 150, wonach der VA - gleichgültig ob er rechtmäßig oder rechtswidrig ist - mit der Bekanntgabe wirksam und damit für den Betroffenen verbindlich wird.

3) Scholz a. a. O. S. 87

vgl. aber Scholz Schl. -Holst. Anz. 1963, 156 ff, in der er die Wirksamkeitshemmung aus der Vollziehung ableitet, indem er Wirksamkeit und Vollziehung als rechtlich identisch darstellt, so daß die Wirksamkeitshemmung der Hemmung der Vollziehbarkeit entspricht, andererseits die Anordnung der sof. Vollziehung gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 die Wirksamkeit wiederherstellt "mit der sich daran ipso jure als Komplementärfunktion der Wirksamkeit ergebenden Vollziehbarkeit" (S. 161) Dazu ist zu sagen, daß zwar Wirksamkeit und Vollziehbarkeit zusammenhängen, indem die Vollziehbarkeit die Rechtswirksamkeit des VA voraussetzt, sich daraus aber kein Schluß auf den Inhalt des Suspensiveffektes ziehen läßt.

Siegmund-Schultze <sup>1)</sup> kommt zum Ergebnis der Wirksamkeitshemmung unter dem Gesichtspunkt, daß nur so ein wirksamer Rechtsschutz gewährleistet sei: Zur Begründung führt er einige Beispiele an, die sich seiner Ansicht nach nur mit der Wirksamkeitshemmung als Inhalt des Suspensiveffektes lösen lassen.

Zur ausführlichen Widerlegung dieser Beispiele sei auf Wieseler verwiesen, zusätzlich sei aber auf einen Beschluß des BGH vom 23. 7. 1969 <sup>2)</sup> hingewiesen, der ein dem Beispiel Siegmund-Schultzes <sup>3)</sup> ähnlichen Fall betraf. Ein Angeklagter war trotz Einlegung eines Widerspruches gegen ein amtliches Verkehrszeichen wegen Verstoßes gegen § 16 Abs. 1 Nr. 1 StVO in Verbindung mit § 21 StVG bestraft worden. Der BGH erkannte in diesem Beschluß, daß trotz des Widerspruches der Täter bestraft werden könne. Diese Entscheidung scheint zunächst die Meinung Siegmund-Schultzes zu bestätigen, doch führt der BGH an, daß diese Regelung nur für einen VA gelte, der ohne Rücksicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels oder -behelfs vollziehbar sei, also nur die Fälle des § 80 Abs. 2 Nr. 1-3 betreffe.

Eine Übelnfolge als strafrechtliche Gegenwirkung gegen eine Zuwiderhandlung gebühre jedoch nur demjenigen, der den Vollzug des gegen ihn gerichteten VA ohne die Möglichkeit hemmender Rechtsbehelfe hinnehmen müsse. <sup>4)</sup> Daraus läßt sich entnehmen, daß eine Strafbarkeit - zumindest während des Widerspruches und der Anfechtungsklage - dann entfällt, wenn der angefochtene VA aufschiebende Wirkung entfaltet, die ein Vollziehungsverbot beinhaltet.

Eine strafrechtlich erhebliche Pflicht zur Befolgung der Anordnung kann daher nur dann bestehen, wenn es dem Betroffenen nicht möglich ist, die verwaltungsrechtliche Durchsetzung zu verhindern.

Im Beispielsfall von Siegmund-Schultze besteht aber für den Betroffenen diese Möglichkeit, da kein Fall des § 80 Abs. 2 Nr. 1-3 vorliegt; der Strafrichter muß hier nicht bestrafen, sondern die Frage, ob der Gastwirt sich strafbar ge-

---

1) DVBL 63, 745 (747) und Diss. S. 69 ff

2) NJW 1969, 2033 ff m. abl. Anm. v. Schreven NJW 70, 155

3) Das Beispiel Siegmund-Schultzes bezog sich auf das Gewerbeberecht. Ma-  
che die Behörde einem Gastwirt nach Erteilung der Erlaubnis Auflagen,  
§ 11 GastG a. F., führe der Gastwirt seinen Betrieb aber ohne Erfüllung  
der Auflage fort, so sei er nach § 29 Abs. 1 GastG strafbar. Nach Anfech-  
tung des VA könne die Behörde zwar die Auflage nicht erzwingen, der  
Strafrichter müsse den Gastwirt aber verurteilen, da er von der Wirksam-  
keit des VA auszugehen habe; vgl. auch den ähnlichen Fall Bay OLG Bay  
VBL 69, 328 mit Stellungnahme Renck DÖV 72, 343 ff sowie die Erwide-  
rung von Kopp DÖV 73, 86; zum ganzen ausführl. Schenke, JR 70, 449 ff

4) BGH a. a. O. S. 2035

macht hat, ist mit der Anfechtung in der Schwebe, der Strafrichter hat das Verfahren auszusetzen. <sup>1)</sup>

Gegen die Auffassung von Siegmund-Schultze spricht auch der Gedanke des § 2 StGB und Art. 103 Abs. 2 GG, da strafrechtliche Tatbestände rückwirkend nicht wirksam werden können.

Ein effektiver Rechtsschutz erfordert daher nicht den Suspensiveffekt als Wirksamkeitshemmung anzusehen. Eine Lösung der Streitfrage läßt sich auch nicht eindeutig aus dem Gesetz <sup>2)</sup> oder der Begründung des Entwurfes entnehmen. Eine Wortinterpretation oder auch eine genetische Untersuchung spricht zwar mehr für eine Hemmung der Vollziehbarkeit, entscheidend ist aber, auf den Sinn und Zweck des Suspensiveffektes abzustellen.

Allein daraus läßt sich eine Entscheidung herleiten. Eine Wirksamkeitshemmung ließe sich nur schwer mit dem Wesen eines VA vereinbaren. Jeder VA - abgesehen vom nichtigen - ist mit der Bekanntgabe wirksam. <sup>3)</sup> Wird gem. § 80 VwGO nun die Wirksamkeit aufgehoben, so würde der rechtswidrige wie auch der rechtmäßige VA einem nichtigen gleichgestellt.

Mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung würde der nichtige VA wieder zu einem rechtsverbindlichen. Sollte § 80 diese Wirkung tatsächlich haben, so wäre eine derart komplizierte Regelung nicht nötig gewesen, sondern man hätte nur auf eine Gleichstellung mit dem nichtigen VA zu verweisen brauchen. Eine Nichtigkeitswirkung des angefochtenen VA kann aber § 80 nicht bedeuten. Eine derartige Wirkung ginge über den Schutzzweck des Suspensiveffektes hinaus. Es erfordert daher auch der Sinn des § 80 nicht eine aufschiebende Wirkung in der Form einer Wirksamkeitshemmung.

Die Einwände, die gegen eine Hemmung der Vollziehbarkeit als Inhalt der aufschiebenden Wirkung geäußert wurden, bestanden zwar unter einem engen Begriff der Vollziehung, in diesem Fall könnte eine Rechtslücke auftreten, da aber die VwGO durch Hereinnahme der rechtsgestaltenden VA in § 80 Abs. 1 diesen engen Vollzugsbegriff selbst aufgegeben hat, können gegen eine Erweiterung des Vollzugsbegriffes in Form der Verwirklichung des VA, sei es durch die Behörde oder den Betroffenen selbst, keine Bedenken mehr bestehen.

- 
- 1) vgl. auch OLG Frankfurt NJW 1967, 262 s. auch Dähnhardt Schl. Holst. -Anz. 1970, 220; Schenke JR 1970, 449 ff
  - 2) der Wortlaut des § 80 spricht sowohl von der aufschiebenden Wirkung als auch von der Vollziehung der VA, wie deren Wirksamkeit; vgl. auch die unterschiedlichen Ergebnisse von Wieseler a. a. O. S. 85 f u. Siegmund-Schultze DVBL 63, 745 (748)
  - 3) h. M. s. auch § 33 EVwVerfG mit Begründung S. 150

Eine andere Interpretation des Suspensiveffektes ließe sich auch nur schwer mit dem Wortlaut des § 80 in Einklang bringen. Geht man davon aus, daß Vollziehung nur durch Maßnahmen der Behörde erfolgen kann (- dies tun die Vertreter der Wirksamkeitslehre), so sind einige rechtsgestaltende und feststellende VA nicht vollzugsfähig. Durch den Suspensiveffekt würde die Wirksamkeit des VA aufgehoben (gehemmt), eine Anordnung gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 oder Abs. 4 kann aber nicht ergehen, da eine Vollziehung dieser VA nicht möglich ist, § 123 könnte nicht eingreifen, da § 80 (aufschiebende Wirkung) diesen Fall schon regelt. <sup>1)</sup>

Diesem Dilemma kann man nur entgehen, wenn man den Begriff der aufschiebenden Wirkung als Korrelat zu dem der Anordnung der sofortigen Vollziehung gebraucht, den Begriff der Aussetzung der Vollziehung dem der aufschiebenden Wirkung gleichsetzt. Dies würde aber eine völlig neue Interpretation auch des Vollzugsbegriffes bedeuten.

Durch die Deutung des Wortes "aufschiebende Wirkung" in Wirksamkeitshemmung wird damit gleichzeitig der Begriff der Vollziehung in einem umfassenden und anderen Sinn verwandelt, als er dem herkömmlichen Prozeßrecht bekannt war. Der Vorwurf der Wirksamkeitslehre gegen diese erweiternde Auslegung des Vollzugsbegriffes, trifft diese Lehre selbst in einem weiteren Umfange. Der Inhalt des Suspensiveffektes besteht daher in einer Hemmung der Vollziehbarkeit - besser in einer Verwirklichungshemmung - des Inhalts des VA. <sup>2)</sup>

### 3. Anwendbarkeit des § 80 auf den VAmD

Nach dem gewonnenen Ergebnis beinhaltet der Suspensiveffekt die Verwirklichung des dem VA entsprechenden Zustandes; die aufschiebende Wirkung besteht in einer Hemmung der Vollziehbarkeit, wobei der Begriff Vollziehung dem der Verwirklichung entspricht.

Die VAmD sind in aller Regel rechtsgestaltende oder feststellende VA. Auch bei diesen VA müßte unter Berücksichtigung des Art. 19 Abs. 4 GG und dem Argument aus § 80 Abs. 1 S. 2 der vorläufige Rechtsschutz über § 80 VwGO zu gestalten sein.

So liegt bei einer Baugenehmigung der Vollzug im Beginn des Baues; bei einer Genehmigung gem. § 20 PBefG in der Aufnahme des Fahrbetriebes, bei der Bewilligung nach dem WGH in der Ausnutzung dieser Bewilligung etc.

1) s. auch Quaritsch a. a. O. S. 225

2) so auch die h. M.; vgl. die Nachweise oben C II 4 c zu Beginn.

Unter dem erweiterten Vollzugsbegriff sind daher auch VAmDD vollzugsfähig <sup>1)</sup>, von der Begriffsauslegung her wäre § 80 auf den VAmDD anwendbar.

4. Gegen die Anwendung des § 80 auf den VAmDD ergeben sich aber aus Sinn und Zweck des § 80 sowie aus verfassungsrechtlichen Überlegungen Bedenken.

a) § 80 soll die öffentliche Gewalt ihrer Übermacht berauben und den Bürger, der durch einen VA belastet wird, privilegieren.

Die aufschiebende Wirkung im Sinne des § 80 tritt automatisch ein <sup>2)</sup> und ist nach h. M. weder abhängig von der Zulässigkeit des Rechtsmittels <sup>3)</sup> noch von einem Erfolg. <sup>4)</sup> Eyermann-Fröhler begründen ihre gegenteilige Ansicht damit, daß "da die Unzulässigkeitsgründe nicht unterschiedlich behandelt werden können, auch einem wegen Fristversäumnis unzulässigen Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung (zukommen müsse). Dies kann aber nicht sein, da die aufschiebende Wirkung beim VA begrifflich ausgeschlossen ist." <sup>4a)</sup>

1) BVerwG DVBL 66, 273; s. auch Beschl. v. 21. 10. 1968 = NJW 69, 202; Schäfer DVBL 62, 844; Lamberg NJW 63, 2154(2155); Heintze NJW 63, 1430(1433); Siegmund-Schultze a. a. O. VGH Stuttgart Beschl. v. 24. 8. 1957 = VwRspr. 9, 968 = BRS 7, 133 OVG Lüneburg

Beschl. v. 18. 6. 1964 = BRS 15, 232; Nr. 112

Beschl. v. 8. 7. 1965 = BRS 15, 175; Nr. 102 std. Rspr.

2) bzgl. der Streitfrage, ob die aufschiebende Wirkung ex nunc oder ex tunc eintritt: h. M. ex tunc BVerwG Ur. v. 7. 9. 1962 = VwRspr. 15, 319; Wieseler a. a. O. S. 57 ff; (Schmidt Bay Bgm 62, 1(2); a. A. Siegmund-Schultze DVBL 63, 745(746) Anm. 22 m. w. N.

3) so die überwiegende Meinung in Rspr. u. Lit.; BVerwG Ur. v. 21. 6. 1961 = BVerwGE 13, 1(8) allerdings ohne Begr.; u. Beschl. v. 29. 10. 1968 = DÖV 69, 142 Bay VGH Beschl. v. 21. 9. 1962 Nr. 8 82 IV 62 - mitgeteilt bei Wilhelm; Wilhelm BayVBL 65, 199 Anm. 3; OVG Lüneburg Ur. v. 19. 6. 1953 = OVGE 6, 482 Klinger § 80 Anm. B 2; Koehler § 80 Anm. II 10; Redeker-v. Oertzen § 80 Rdn. 7; de Clerck NJW 61, 2233; Löwer DVBL 63, 343; Wölckel BayVBL 58, 108; Spick Diss. S. 36 ff; Ule VwGO § 80 Anm. I 1 a - aber teilw. unklar; a. A. Eyermann-Fröhler § 80 Rdn. 14 unter Hinweis auf Ur. v. OVG Lüneburg v. 15. 12. 1953 = OVGE 7, 212 ff, wobei das OVG diese spezielle Frage jedoch gerade nicht behandelte; Pfeuffer Bay. Bgm. 63; OVG Berlin Ur. v. 1. 12. 1970 DVBL 72, 42 m. krit. Anm. Zimmermann; Mang-Simon a. a. O. § 89 Anm. IV 2 c

4) OVG Berlin Beschl. v. 8. 7. 1970 = NJW 70, 2077 u. Beschl. v. 23. 10. 1963 = NJW 64, 790 mit zust. Anm. Menger Verw. Arch. 55 (1964) 280 f.

4a) § 80 Rdn. 14

Eine vermittelnde Meinung vertritt Scholz <sup>1)</sup>, der die aufschiebende Wirkung in bestimmten Fällen nicht eintreten lassen will, z.B. bei unzulässigem Rechtsweg, Fristversäumung, Fehlen der Klagebefugnis etc. <sup>2)</sup>; weil in diesen Fällen § 80 gar nicht anwendbar sei. Nach Scholz geht es nur mittelbar um die Frage, ob der Suspensiveffekt eingetreten ist, vielmehr ist der Anwendungsbereich des § 80 zu klären, der seiner Meinung nach in diesen Fällen nicht gegeben sei. Zuzustimmen ist jedoch der h.M., da § 80 I 1 gerade den Sinn hat, daß solange keine vollendeten Tatsachen geschaffen werden sollen, bis die Rechtslage einwandfrei geklärt ist. Dies kann aber erst im Verfahren festgestellt werden, erst da wird entschieden, ob wirklich eine Unzulässigkeit vorliegt. Auch der Wortlaut des § 80 I spricht nur von einer Anfechtungsklage schlechthin, nicht von einer zulässigen Anfechtungsklage. <sup>3)</sup>

Der Eintritt der aufschiebenden Wirkung kann nicht von dem Ausgang eines etwaigen Streites über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Klage abhängen <sup>4)</sup>, da sonst die Effektivität des Rechtsschutzes und damit auch des vorläufigen Rechtsschutzes gefährdet, wenn nicht aufgehoben wäre.

Auch der Argumentation von Scholz kann nicht gefolgt werden, zumal sie zum gleichen Ergebnis führt wie die Meinung von Eyermann-Fröhler. Besonders deutlich wird dies, wenn Scholz auch die mangelnde Klagebefugnis aus dem Anwendungsbereich des § 80 ausschließt. <sup>5)</sup>

Gerade die Frage der Klagebefugnis ist äußerst schwierig zu klären. <sup>6)</sup> Bei ei-

- 1) Diss. S. 118 ff. im Anschluß an Löwer a. a. O.; Schmidt Bay Bgm. 62, 1; auch Finkelnburg a. a. O. Rdn. 217
- 2) so auch Schunck-de Clerck BVerwGG § 29 Anm. 1; VwGO § 80 Anm. 2 H "... die aufschiebende Wirkung entfällt bei offenbar unzulässigem Rechtsbehelf, wobei die Prüfung wann diese vorliegt, dem Einzelfall überlassen bleiben muß".
- 3) diese Streitfrage war dem Gesetzgeber aus dem Schrifttum zu § 51 MRVO Nr. 165 bekannt. (s. Nachweise bei Eyermann-Fröhler) a. a. O.
- 4) Ule, VwGO § 80 Anm. I 1a; vgl. auch Urt. OVG Koblenz v. 28. 2. 1972 NJW 72, 1213, das die aufschiebende Wirkung auch dann eintreten läßt, wenn die Klagefrist versäumt ist, aber ein nicht offensichtlich aussichtsloser Wiedereinsetzungsantrag gestellt ist
- 5) Diss. S. 119
- 6) s. z. B. die unterschiedlichen Meinungen zur Nachbarklage OVG Hamburg Urt. v. 9. 4. 1959 = DÖV 59, 797 = DVBL 59, 822 = BRS 9, 79 ff; ebenso Beschl. v. 11. 8. 1966 = BRS 17, 217 Nr. 118; Fischer Diss. S. 54 ff; Sellmann DVBL 63, 284 einerseits; OVG Lüneburg Urt. v. 28. 8. 1959 = DVBL 59, 820 = BRS 9, 84; VGH Baden-Württ. Beschl. v. 22. 3. 1967 = ESVGH Bd. 18, 65; Kemnade a. a. O. S. 27 ff m. w. N. andererseits, s. auch oben B I 1 m. w. N.

nem Streit um die Zulässigkeit der Klage, die vielleicht erst in 2. oder 3. Instanz bejaht wird, hätte der Gewerbebetrieb schon längst seine Arbeit aufgenommen, wäre das Haus schon bezogen. Dies widerspricht aber der vom Gesetzgeber beabsichtigten Intention des § 80, der der Gefahr vorbeugt, daß der vom Verwaltungshandeln Betroffene durch Schaffung vollendeter Tatsachen einen irreparablen Schaden erleidet. <sup>1)</sup>

Dieser automatische Eintritt der aufschiebenden Wirkung ohne Rücksicht auf die Zulässigkeit der Klage, macht die Privilegierung des Bürgers deutlich.

Bei der Anfechtung eines VAMdD durch den Belasteten ist jedoch zu bedenken, daß mit dieser Klage nicht nur gegen eine Maßnahme der Behörde vorgegangen werden soll, sondern gleichermaßen auch ein anderer Bürger getroffen wird, der mit dem Anfechtenden auf gleicher Stufe steht. <sup>2)</sup>

Die Behörde wird praktisch nur als Vermittlerin zu beiden Seiten eingeschaltet. Eine Privilegierung des Belasteten ist in diesem Fall nicht erforderlich, eine solche würde dem Gebot der Gleichbehandlung und, wie noch zu zeigen sein wird, dem Art. 3 GG widersprechen.

#### b) Wirkung des Suspensiveffektes im Verhältnis zum Begünstigten

Bei dem VAMdD richtet sich der Widerspruch oder die Klage zwar gegen den VA, der Adressat dieser Rechtsmittel ist gem. § 70 Abs. 1 die Behörde; die durch den Widerspruch oder Klage eintretende aufschiebende Wirkung soll aber den Adressaten hindern, den VA zu verwirklichen. Diese Wirkung kann jedoch nur eintreten, wenn der Suspensiveffekt absolut gegenüber jedermann wirkt. Fraglich erscheint, ob sich eine derartige absolute Wirkung mit § 70 ff vereinbaren läßt. <sup>3)</sup>

Nach § 71 VwGO kann ein Dritter im Widerspruchsverfahren gehört werden, eine zwingende Rechtspflicht ergibt sich dagegen aus § 71 nicht. <sup>4)</sup>

- 1) vgl. auch Menger, Jubiläumsschrift S. 427 (443)
- 2) auf die praktischen Auswirkungen dieses automatisch entstehenden Suspensiveffektes weist insbes. Gelzer DÖV 65, 793 ff hin
- 3) für nur relativen Suspensiveffekt: Fromm DVBL 66, 241(246) u. BB 62, 896 ders. Verw. Arch. 56, 53 f; Schröer DÖV 66, 228 f; Zschake NJW 54, 1436 f; OVG Rheinl. Pfalz Urt. v. 2. 3. 1967 = BRS 18, 225 Nr. 140; OVG Rheinl. Pfalz Beschl. v. 18. 11. 1957 = AS 1, 400 ff = BRS 3, 126; Wieseler a. a. O. S. 237/38; Timmermann a. a. O. S. 190 f; Redeker-v. Oertzen § 80 Rdn. 1, 8; Koehler § 80 Anm. II 1, 7 u. III 5; Fickert § 31 BBauG Anm. A 5 e bb; Koenig SKV 1963, 42 f; Rasch DÖV 52, 398; VGH Kassel v. 13. 8. 1952 = NJW 53, 200; allg. m. w. N. Kübler-Speidel V Rdn. 105
- 4) Schunck-de Clerck § 71 Anm. 2; Fromm DVBL 66, 241 (246); vgl. auch v. Mutius, Widerspruch S. 43 f, 181 f, 203 f

Soll der Suspensiveffekt auch gegenüber dem Adressaten des VA wirken, so muß dieser von der Einlegung des Widerspruchs oder Klage Kenntnis erhalten.

Für die Klageerhebung kann auf §§ 65, 63 VwGO verwiesen werden. Der Adressat ist notwendig beizuladen, der Suspensiveffekt kann aber im Verhältnis zum Adressaten erst eintreten, wenn diese Beiladung erfolgt. Da ohne die Beiladung die Endentscheidung nicht gegenüber dem Adressaten des VA wirken würde <sup>1)</sup>, muß dasselbe auch für die vorläufige Gestaltung des Rechtsverhältnisses gelten. Andernfalls würde, worauf Timmermann zutreffend hinweist <sup>2)</sup>, die Erhebung der Klage den Adressaten an der Verwirklichung des VA hindern, die endgültige Entscheidung dagegen nicht.

Wenn Siegmund-Schultze <sup>3)</sup> den Suspensiveffekt auch ohne Beiladung eintreten lassen will, so widerspricht dies dem Erfordernis der Rechtssicherheit. Ein Urteil ohne die notwendige Beiladung wäre unwirksam; der Suspensiveffekt würde aber über den Erlaß des Urteils hinaus andauern bis der Adressat des VA beigegeben würde.

Anders liegt es jedoch im Widerspruchsverfahren, in dem es weder eine Beiladung noch sonst eine Möglichkeit gibt, den Begünstigten in das Verfahren einzubeziehen. Die Anhörung gem. § 71 VwGO macht ihn nicht zu einem Beteiligten im Sinne des § 121 VwGO. <sup>4)</sup> Die Vorschriften über die Beiladung sind auch nicht entsprechend auf § 70 anwendbar, was sich schon aus der Sonderregelung des § 71 ergibt. <sup>5)</sup>

Trotzdem wird teilweise eine absolute Wirkung des Suspensiveffektes angenommen <sup>6)</sup>, dies wird einmal aus der unlösbaren Verknüpfung von Begünstigung und Belastung des VAmD begründet <sup>7)</sup>, zum anderen wird eine Mitteilungspflicht

1) Fromm Verw. Arch. Bd. 56 (1965) S. 53; Siegmund-Schultze DVBL 66, 247 (249); vgl. oben B III 3 m. w. N.

2) a. a. O. S. 190; auch Fromm Verw. Arch. 56, S. 53

3) DVBL 66, 247 (249 Anm. 24)

4) Schunck-de Clerck § 71 Anm. 3

5) Schunck-de Clerck § 70 Anm. 3; Fromm DVBL 66, 241 (247)

6) so Schäfer DVBL 62, 844 (849); Heintze NJW 63, 1430 (1431) de Clerck DÖV 64, 252; Siegmund-Schultze DVBL 63, 745 (753); Laubinger a. a. O. S. 125; auch BVerwG DVBL 66, 273; Eyermann-Fröhler § 80 Rdn. 11, Ule VwGO § 80 Anm. I 1; Klinger § 80 Anm. B 4; OVG Lüneburg Beschl. v. 12. 12. 1962 = DVBL 63, 335; Manfred Meyer Diss. S. 158 ff; Haueisen NJW 64, 2037 (2039); Finkelnburg Rdn. 339; Kübler-Speidel V Rdn. 102-105 jeweils m. w. N.

7) so de Clerck a. a. O. anders noch NJW 61, 223 (2234)

der Behörde statuiert <sup>1)</sup> oder aus der Konstruktion der Anfechtungsklage eine derartige Wirkung des Suspensiveffektes als gegeben hingenommen. <sup>2)</sup>

Allein beachtlich erscheint das Argument Siegmund-Schultzes, der eine Mitteilungspflicht der Behörde annimmt, da anders die aufschiebende Wirkung gegenüber dem Begünstigten nicht eintreten könne. Da sich eine solche Pflicht nicht direkt aus dem Gesetz ergebe, müsse aus dem Satz, daß ein VA erst mit der Bekanntgabe wirksam werde, eine Bekanntgebungspflicht der Behörde abgeleitet werden. Aber auch der Beschwerdeführer könne diese Wirksamkeitsvoraussetzung herbeiführen. <sup>3)</sup>

Eine derartige Pflicht läßt sich zwar aus dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip und dem Grundsatz der Rechtsklarheit ableiten, sie steht aber mit § 80 in Widerspruch. Nach § 80 soll der Suspensiveffekt automatisch eintreten, d. h. die Wirksamkeit der Hemmung der Verwirklichung ist an keine weiteren Mitteilungen gebunden.

Der Schutz des Belasteten soll sofort mit Einlegung des Rechtsmittels eintreten. Würde eine Mitteilungspflicht bestehen, die Behörde aber nicht danach handeln, so könnte die Vollziehung des VA nicht gehindert werden und der vorläufige Rechtsschutz des Klägers wäre nicht mehr gegeben. Auch in diesem Fall zeigt sich wieder, daß § 80 nur auf ein zweiseitiges Verhältnis zugeschnitten ist, der Suspensiveffekt soll ein Verwirklichen des VA verhindern. Diese Verwirklichung obliegt im Normalfall der Behörde oder dem Widerspruchsführer; beim VAmDD hat aber der Begünstigte die Vollziehung des VA in der Hand <sup>4)</sup>, der dagegen am

---

1) so Siegmund-Schultze a. a. O. ; Lamberg NJW 63, 2154 (2155); Scholz Schl. Holst. Anz. 63, 159 (Anm. 20)

2) Heintze a. a. O.

3) Siegmund-Schultze DVBL 63, 753 u. DVBL 66, 247 (249) Anm. 24; Lamberg NJW 63, 2154 (2155), der eine Gesetzeslücke annimmt und diese aus den allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts und aus der Natur der Sache heraus durch eine Mitteilungspflicht der Behörde schließt. Unhaltbar dagegen de Clerck DÖV 64 152 (153), der allem die Möglichkeit der Kenntnisaufnahme von der Einlegung des Rechtsbehelfs ausreichen lassen will.

4) Fromm BB 62, 986; VGH Kassel Beschl. v. 30. 6. 1961 - QS IV 24/61 zit. bei Haueisen NJW 64, 2037 (2040) Anm. 26; das erkennt auch Gelzer 10 J. VwGO, S. 211 ff, wenn er erklärt, "Widerspruch und Klage haben stets aufschiebende Wirkung und die formelle Illegalität des Vorhabens zur Folge. . ."; wenn die Behörde zusätzlich eine Stillelegungsverfügung erlassen muß, um dem Suspensiveffekt Wirkung auch im Verhältnis zum Adressaten zu verschaffen (S. 214 ff), fragt sich, worin die aufschiebende Wirkung

Widerspruchsverfahren nicht beteiligt ist. Ein Eintritt des Suspensiveffektes in diesem Fall widerspricht daher der Struktur des § 80.

Eine Mitteilungspflicht an den Begünstigten - dies wäre der einzige Weg, um den Suspensiveffekt auch auf diesen auszudehnen - läßt sich daher nur aus allgemeinen Prinzipien ableiten. Dieser Weg ist zwar nicht unzulässig, doch bleiben im Hinblick auf Art. 20 III GG doch Bedenken bestehen.

- c) Bedenken gegen die Anwendung des § 80 aus der unterschiedlichen Belastung von Dritten und Adressat des VA

Beim VAmD stehen sich zwei gleichberechtigte Bürger gegenüber, in deren widerstreitende Interessen die Behörde eingeschaltet wird.

Beim vorläufigen Rechtsschutz über § 80 wird der belastete Dritte gegenüber dem Adressaten des VA in mehrfacher Hinsicht privilegiert.

aa) Wie oben dargelegt, tritt der Suspensiveffekt automatisch ein, ohne Rücksicht darauf, ob die Klage zulässig oder erfolgreich ist. Das Widerspruchsbegehren braucht in keiner Weise begründet zu werden.

Will der Begünstigte diesen Wirkungen entgehen und seine Begünstigung weiter ausnutzen, so bleibt ihm nur der Weg über § 80 Abs. 2 Nr. 4. Um diesem Antrag zum Erfolg zu verhelfen, muß er glaubhaft vortragen, daß das Rechtsmittel des Dritten mit erheblicher Wahrscheinlichkeit erfolglos bleiben werde, da in diesem Fall ein besonderes öffentliches Interesse an der aufschiebenden Wirkung nicht mehr besteht und so das Interesse des Beteiligten <sup>1)</sup> das öffentliche Interesse übersteigt. <sup>2)</sup>

---

Fortsetzung der Fn. 4) von S. 121:

überhaupt bestehen soll, zum anderen könnte dieser zweite VA nun wiederum mit § 80 angegangen werden, worunter zumindest die Effektivität des vorläufigen Rechtsschutzes leidet.

- 1) Der Adressat des VA ist Beteiligter im Sinne des § 80 Abs. 2 Nr. 4. Der Begriff des Beteiligten entspricht dem des § 63 ff; Beteiligter im Sinne des § 80 Abs. 2 Nr. 4 ist der, dem im Falle der Unterlassung der Vollzugsanordnung eine Verletzung seiner Rechte oder eine Erschwerung deren Verwirklichung droht; vgl. auch Finkelburg a. a. O. Rdn. 254 m. w. N.
- 2) so ausführl. Menger Verw. Arch. 55 (1964) 280 f; BverwG Beschl. v. 22. 11. 1965 = DVBL 66, 273 ff

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung stellt aber eine behördliche Ermessensentscheidung dar. 1) Ein Rechtsanspruch des Begünstigten besteht dagegen nicht. 2) Entscheidet die Behörde nicht zugunsten des begünstigten Dritten, so bleibt ihm keine weitere Möglichkeit, die sofortige Vollziehung zu erzwingen. 3)

Besonders deutlich zeigt sich die Privilegierung des Dritten am Beispiel der Nachbarklage.

Der - auch ohne weitere Begründung eingereichte - Widerspruch des Nachbarn würde den Bauherrn aufgrund des eintretenden Suspensiveffektes daran hindern, von der Genehmigung Gebrauch zu machen. Um wieder bauen zu können, mußte der Bauherr - der schon bei seinem Bauantrag im einzelnen vortragen und begründen mußte, daß sein Vorhaben mit den Gesetzen in Einklang steht - der Behörde noch einmal substantiiert dartun, daß sein Vorhaben nachbarschützenden Vorschriften nicht widerspricht und er von der Genehmigung Gebrauch machen darf.

- 1) so die h.M. Koehler § 80 Anm. IV 3 a; Eyermann-Fröhler § 80 Rdn. 28; Simon Bay. VBL 1966, 267 (268); Finkelnburg a. a. O. Rdn. 242; Redeker v. Oertzen § 80 Rdn. 5
- 2) Kopf Diss. S. 145; Simon a. a. O.; Eyermann-Fröhler § 80 Rdn. 28; auch aus dem Beschl. d. BVerwG v. 22. 11. 1965 = DVBL 66, 273 f läßt sich entgegen der Auffassung von Sailer Bay VBL 1968, 86 ff ein Rechtsanspruch des Beteiligten auf Anordnung des sofortigen Vollzuges nicht entnehmen; vgl. auch Löwer DÖV 65, 829 u. Bay VBL 69, 268.
- 3) Ein Antrag gem. § 80 Abs. 5 S. 1 scheidet aus, da gerade kein Fall des § 80 Abs. 2 Nr. 4 vorgelegen hat, so auch Daumann Diss. S. 91; Bad-Württ. VGH Beschl. v. 5. 3. 1971 NJW 71, 1196  
a. A. Löwer DÖV 65, 829 (830); Schenke DÖV 69, 332 (334), der aus § 80 Abs. 2 Nr. 4 sogar ein subjektives-öffentliches Recht des Dritten auf Erlaß einer Vollziehungsanordnung ableitet, das ggf. in Analogie zu § 80 Abs. 5 durchgesetzt werden kann, dagegen Löwer a. a. O.; Kopp Bay VBL 67, 241 u. Sailer a. a. O. halten den Antrag gem. § 123 für zulässig;  
 das BVerwG sieht i. d. F. nur die Möglichkeit über eine analoge Anwendung des § 80 Abs. 5 Beschl. v. 21. 10. 1968 = DÖV 69, 111 = NJW 69, 102 = DVBL 69, 269; Menger/Ericksen stimmen dem Ergebnis zu (Verw. Arch. Bd. 60, 381), doch komme keine Analogie in Frage, sondern da hier eine Gesetzeslücke bestehe, müsse diese durch eine aus Art. 3 und 19 Abs. 4 gebotene Zulässigkeit des Antrages auf Anordnung der sofortigen Vollziehung (im Rahmen des § 80 Abs. 5) ergänzt werden (S. 385); so auch Guthardt DVBL 72, 567; Finkelnburg a. a. O. Rdn. 347;  
 Schenke NJW 70, 270 spricht dagegen von einer Teilanalogie (im Ergebnis zust. Anm. zu BVerwG).

Gerade im Hinblick auf Art. 14 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG wird dem Bauherrn verfahrensrechtlich mehr zugemutet als seiner materiell-rechtlichen Stellung entspricht. Im Rahmen des § 80 trägt der Bauherr eine doppelte Darlegungslast, der keine Darlegungslast auf seiten des Nachbarn entspricht. <sup>1)</sup>

Bei der Anwendung des § 80 auf den vorläufigen Rechtsschutz bei VAmDD zeigt sich eine unterschiedliche Belastung von Drittem und Adressaten des VA. Diese unterschiedliche Belastung, die zwar bei einem Vorgehen gegen die Behörde gerechtfertigt erscheint, widerspricht dagegen bei einem Verhältnis zweier Bürger dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung. Dem durch den VA Begünstigten wird durch die Anwendung des § 80 eine weitere Darlegungs- bzw. Feststellungslast aufgebürdet, als dem anfechtenden Dritten. <sup>2)</sup>

Der Begünstigte, der gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 vorgeht, nimmt für sich einen Ausnahmetatbestand in Anspruch, für den er die notwendigen Gründe darlegen muß, während den mit ihm auf gleicher Stufe stehenden Dritten keinerlei Darlegungslast trifft. Diese Umkehrung der Feststellungslast in § 80 ist gerechtfertigt in einem zweiseitigen Verhältnis, um das Übergewicht der Behörde gegenüber dem Bürger zu verringern. <sup>3)</sup>

bb) Um diese unterschiedliche Verteilung der Feststellungslast bei der Anfechtung eines VAmDD zu verhindern und eine Gleichstellung zu erreichen, geht das OVG Lüneburg in ständiger Rechtsprechung seinen eigenen Weg. <sup>4)</sup>

---

1) so auch Kopf Diss. 141

2) Fromm DVBL 1966, 241 (244) verwendet in diesem Zusammenhang den Begriff der Beweislast, den es aber im Verwaltungsprozeß wegen der Inquisitionsmaxime im eigentlichen Sinne nicht gibt. Dort gibt es lediglich die sog. "Feststellungslast", im Sinne einer objektiven Beweislast. Zum Wesen der Untersuchungsmaxime gehört, daß den Beteiligten keine Beweisführungslast, keine subjektive Beweislast trifft, da die Parteien keinen Beweis für die von ihnen aufgestellten Tatsachen anzutreten brauchen; vgl. Lücke Jus. 61, 41 (44) Ule VwGO § 86 Anm. III; Quaritsch a. a. O. S. 371; Siegmund-Schultze DVBL 63, 743 (745); zur unterschiedlichen Belastung auch Gelzer 10 J VwGO S. 206 ff (207)

3) s. auch amtl. Begr. zum Reg. -Entw. zur VwGO BT-Drucksache 55 - 3 WP - S. 44

4) zuletzt Beschl. v. 7. 11. 1969 = NJW 70, 963; ebenso: Beschl. v. 25. 11. 1965 = DVBL 66, 275 = Jus 66, 330; Beschl. v. 8. 7. 1965 = BR S. 16, 175 Nr. 102; Beschl. v. 18. 6. 1964 = BRS 15, 232 Nr. 112; Beschl. v. 6. 7. 1963 = BR S. 14, 130, so auch schon für § 51 MRVO Nr. 165 Urt. v. 13. 10. 1958 = OVG 13, 492 ff = BB 1959, 401, weitere Nachw. Meyer,

Das OVG läßt den in § 80 Abs. 1 S. 1 vorgesehenen Suspensiveffekt bei der Anfechtung eines VAmDD zunächst außer acht.

Ausgehend von einem engen Vollzugsbegriff, nachdem Vollziehung sich nur auf Maßnahmen der Behörde bezieht, die Behörde sich aber ihrer Einwirkungsbefugnisse durch Erteilung des VA begeben habe, wirkt sich der Erlaß des VA im Hinblick auf die gestützte materielle Rechtsstellung des Dritten als Vollzug der Belastung aus, da Begünstigung und Belastung untrennbarem Zusammenhang stünden. "Die Behörde hat mit der Erteilung der Genehmigung in die Rechtsstellung des Nachbarn eingegriffen und diesen Eingriff durch die Freigabe des Bauens gleichsam vollzogen, ohne daß für den Erlaß einer besonderen Vollziehungsanordnung nach § 80 Abs. 3 Raum bleibt." <sup>1)</sup>

Da die Aushändigung der Genehmigung der Anordnung der sofortigen Vollziehung gleichzusetzen ist <sup>2)</sup>, kann der Dritte vorläufigen Rechtsschutz nur nach § 80 Abs. 4 und Abs. 5 erlangen. Durch die Verlagerung des vorläufigen Rechtsschutzes auf § 80 Abs. 5 wird der anfechtende Dritte zum Antragsteller, der die rechtserheblichen Tatsachen glaubhaft zu machen hat. <sup>3)</sup> Dabei muß der Dritte darlegen, daß keiner der beiden Gründe, die in § 80 Abs. 2 Nr. 4 geregelt sind, vorliegen. <sup>4)</sup> Da in der Regel die zweite Alternative des § 80 Abs. 2 Nr. 4 in Frage steht <sup>5)</sup>, muß also dargetan werden, inwiefern es nicht im überwiegenden Interesse des Begünstigten liegt, die sofortige Vollziehung anzuordnen.

#### Fortsetzung der Fn. 4) von S. 124:

Klaus DWW 1960, 30 ff; dieser Rspr. hat sich das VG Hannover Beschl. v. 28. 4. 1967 = Bauamt u. Gemeinde 1967, 330 f angeschlossen, auch schon VG Hannover Beschl. v. 21. 8. 1959 - II B 6/59 (unveröffentlicht) mitgeteilt bei Heintze NJW 63, 1433; dazu auch Kübler-Speidel V Rdn. 104; Gelzer, 10 J. VwGO, S. 208

- 1) so Beschl. vom 25. 11. 1965 bzgl. der Anfechtungsklage des Nachbarn gegen die dem Bauherrn erteilte Baugenehmigung
- 2) siehe auch Klaus Meyer DWW 1960 30 (32); derselbe BLGBW 1968, 236; Fromm DVBL 66, 241 (243) weist darauf hin, daß das OVG diesen Weg nicht konsequent verfolgt. Die angeführten Entscheidungen stammen alle vom I. Senat, zuständig für Bausachen; der für Verkehrssachen zust. III. Senat (z. B. PBefG etc) ist der Linie des I. Senats nicht klar gefolgt
- 3) Eyer mann-Fröhler § 80 Rdn. 47; Schunck-de Clerck § 80 Anm. 5
- 4) Ule Lehrbuch § 66 II 1
- 5) Zur Unterscheidung der beiden Alternativen BVerwG Beschl. v. 22. 11. 1965 = DVBL 66, 237 ff

Es wird also einmal eine Gleichstellung der beiden betroffenen Bürger erreicht, zum anderen gelangt der vorläufige Rechtsschutz sofort in die Hand der Judikative, wodurch die Behörde an einem gem. § 80 Abs. V erlassenen Gerichtsbeschluß gebunden wäre <sup>1)</sup>, wodurch eine Ermessensentscheidung der Behörde ausgeschlossen wird.

Die Konzeption des OVG ist zwar in sich geschlossen und auf den ersten Blick bestechend, doch läßt sie sich nur durch eine sehr eigenwillige Interpretation des § 80 Abs. 3 erreichen. § 80 Abs. 3 verlangt für das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung eine schriftliche Begründung. Aus dem Rechtsstaatsprinzip Art. 20 Abs. 3 GG <sup>2)</sup> folgt, daß jede - zumindest jede belastende - Maßnahme der öffentlichen Gewalt einer Begründung bedarf. Der Betroffene muß die Gründe kennen, damit er weiß, ob er ein Rechtsmittel einlegen soll. <sup>3)</sup> Auch das OVG Lüneburg hält eine Begründung zumindest dann für geboten, wenn sie gesetzlich vorgeschrieben ist oder wenn der VA ohne Begründung unverständlich wäre. <sup>4)</sup> Durch die Begründungspflicht soll außerdem die Behörde sich selbst noch einmal darüber Rechenschaft ablegen müssen, daß die sofortige Vollziehung wirklich erforderlich ist. <sup>5)</sup>

Die Behauptung des OVG, daß für den Erlass einer besonderen Vollziehungsanordnung "kein Raum" mehr bleibe, wird durch nichts bewiesen, vielmehr beseitigt das OVG den in § 80 Abs. 3 enthaltenen Schutzgedanken <sup>6)</sup> um der einheitlichen Konzeption des vorläufigen Rechtsschutzes bei VAmD willen.

Die Meinung des OVG ließe sich nur dadurch stützen, daß man in der Vollzugsanordnung eine für den Antragsteller günstige Maßnahme sieht, für die eine be-

- 
- 1) so zutreffend OVG Hamburg Beschl. v. 12. 8. 1965 = DÖV 65, 824 ff vgl. auch Quaritsch a. a. O. S. 216; s. auch Gelzer NJW 70, 1352 (1353)
  - 2) daneben wurde Art. 19 Abs. 4 GG als Grundlage für einen Begründungszwang herangezogen, so Ule DVBL 63, 477; BVerwGE 12, 25 ff
  - 3) BVerfG Urt. v. 16. 1. 1957 = BVerfGE 6, 32 (44) s. auch § 30 Abs. 1 EVwVerfG Begr. S. 143 ff
  - 4) OVG Lüneburg Beschl. v. 10. 4. 1956 = Zeitschr. f. Beamtenrecht 1956, 220
  - 5) daher reicht eine "formularmäßige" vorgedruckte Begründung für § 80 Abs. 2 ebensowenig aus, wie die Wiederholung des Gesetzeswortlautes so Schunck-de Clerck § 80 Anm. 3 d gg; Koehler § 80 Anm. C II 5; Redeker-v. Oertzen § 80 Rdn. 22
  - 6) s. auch zutreffend Huber Bay VBL 67, 56 f.

sondere Begründungspflicht nicht erforderlich ist <sup>1)</sup>, da § 80 Abs. 3 die Begründung nur für den Normalfall vorsieht, in dem sich die sofortige Vollziehung für den Adressaten des VA belastend auswirkt. Beim VAmD wird aber für den Adressaten des VA eine Begünstigung wiederhergestellt.

Eine solche Argumentation würde aber übersehen, daß beim VAmD Begünstigung und Belastung untrennbar miteinander verbunden sind, so daß die Vollzugsanordnung jedenfalls auch das Moment der Belastung, wenn auch nicht für den Adressaten des VA, enthält. Daher gilt der Schutzgedanke des § 80 Abs. 3 auch für VAmD, so daß auf eine Begründungspflicht nicht verzichtet werden kann. <sup>2)</sup>

Die Auffassung des OVG Lüneburg scheitert daher schon am zwingenden Wortlaut des § 80 Abs. 3. <sup>3)</sup>

cc) Eine Schlechterstellung des Begünstigten zeigt sich weiterhin im Rahmen des § 80 Abs. 5. Hat der Begünstigte eine sofortige Vollziehung gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 erreicht, so steht dem anfechtenden Dritten der Weg über § 80 Abs. 5 offen. Er kann bei Gericht die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beantragen (§ 80 Abs. 5 S. 1) oder, falls der VA schon vollzogen wurde, die Aufhebung der Vollziehung (§ 80 Abs. 5 S. 3). Wird diesem Antrag des Dritten entsprochen, so schließt § 80 Abs. 6, durch den das generelle Beschwerderecht des § 146 Abs. 1 VwGO eingeschränkt wird, ein Rechtsmittel des Begünstigten gegen diese gerichtliche Anordnung aus; unterliegt der Dritte mit seinem Antrag,

- 
- 1) zweifelhaft ist aber, ob man auch bei begünstigendem VA tatsächlich auf die Begründung verzichten kann, wie das BVerfG in seinem Urt. v. 16. 1. 57 a. a. O. meint, da z. B. eine Begünstigung auch schon in der Gewährung eines begrenzten Vorteils unter gleichzeitiger Versagung einer Mehrleistung liegt, die der Bürger beansprucht hatte; dies vor allem beim VAmD; s. zum ganzen ausführl. Schick Jus 71, 1 ff (5)
  - 2) Eyermann-Fröhler § 80 Rdn. 28 messen der Begründung solche Bedeutung bei, daß ein Fehlen derselben die Vollzugsanordnung nichtig macht (a. A. Koehler § 80 Anm. C II 1; Huber Bay VBL 67, 56 f nur Fehlerhaftigkeit) ebenso Schick Jus 71 1 (7)
  - 3) Gegen OVG Lüneburg auch Lamberg NJW 63, 2154 (2156); Heintze NJW 63, 1433; Kopf Diss. S. 101 ff; OVG Münster, Beschl. v. 9. 8. 1966 = NJW 66, 2181 ff; Kübler-Speidel a. a. O. V Rdn. 104; Finkelnburg a. a. O. Rdn. 340 der mit Recht darauf hinweist, daß die Auffassung des OVG darauf hinausläuft, Widerspruch und Anfechtungsklage des Nachbarn im Baurecht generell die aufschiebende Wirkung abzusprechen und damit den Fällen des § 80 Abs. II einen weiteren bundesgesetzlichen nicht normierten Ausnahmefall hinzuzufügen; vgl. auch Gelzer 10 J. VwGO, S. 208 f

so bleibt ihm die Beschwerde an das OVG <sup>1)</sup> (§ 146 Abs. 1).

Diese eindeutige Formulierung des § 80 Abs. 6 führt bei VAmD zu einer durch nichts gerechtfertigten Bevorzugung des Dritten gegenüber dem Begünstigten. Fromm <sup>2)</sup> sieht in der Anwendung des § 80 Abs. 6 auf den VAmD zu Recht einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz und hält diese Vorschrift nur in solchen Fällen für verfassungsrechtlich unbedenklich, wo der Behörde, die den VA erlassen habe, nur ein Betroffener, nicht auch ein vom gleichen Akt begünstigter Dritter gegenüberstehe. Dagegen beinhaltet die Anwendung des § 80 Abs. 5-7 auf den VAmD nach der Ansicht von Kopf <sup>3)</sup> keine Ungleichbehandlung, da es sich hier um ein gerichtliches Verfahren handle, in dem der Begünstigte gem. § 65 otwendig beizuladen sei. Durch diese Beiladung erhält der Begünstigte die Befugnis, abweichende Sachanträge zu stellen und seine Auffassung darzulegen, wobei das Gericht bei der Entscheidung diese Auffassung zu berücksichtigen hat <sup>4)</sup>; unterbleibt die Beiladung, so entfaltet der Beschluß gem. § 80 Abs. 5 gegenüber dem Begünstigten keine Wirkung. <sup>5)</sup>

Der Hinweis von Kopf auf die notwendige Beiladung des Begünstigten ist zwar zutreffend, doch stellt diese Beiladung keine Waffengleichheit zwischen anfechtendem Dritten und Begünstigten her, denn der Beigeladene nimmt gerade nicht die gleiche Prozeßstellung ein wie Kläger und Beklagter als Hauptbeteiligte, wie sich aus § 66 VwGO ergibt. Die Stellung des Beigeladenen ist der der Prozeßbeteiligten nur angenähert. <sup>6)</sup> Stellt aber für den Antragsgegner der Rechtsmittelausschluß in § 80 Abs. 6 schon eine Härte dar, so muß dies erst recht für den Beigeladenen gelten.

---

1) Eyermann-Fröhler § 80 Rdn. 50

2) Fromm DVBL 66, 241 (247) ebenso OVG Münster Beschl. v. 9. 8. 1966 NJW 66, 2181 (2183) ähnl. auch Menger-Erichsen VerwArch Bd. 59 (1968) 286 f. u. VerwArch 60 (1969) 381 f. Verstoß gegen Grundsatz der Waffengleichheit s. auch BVerwG Beschl. v. 21. 10. 1968 = DÖV 69, 111 = NJW 69, 202 = DVBL 69, 269 u. OVG Lüneburg Beschl. v. 25. 4. 67 DVBL 68, 47; s. auch OVG Saarlouis, das dementsprechend einen Vorlagebeschluß beim BVerfG eingebracht hat. OVG Saarlouis v. 8. 10. 1969 = NJW 70, 352; vgl. auch Gelzer, 10 J VwGO, S. 219 f, der vorschlägt, § 80 Abs. 6 S. 2 VwGO ersatzlos zu streichen.

3) Diss. S. 117 ff auch Anm. 228 S. 120; so auch Bichler Diss. S. 150 f; Finkelburg a. a. O. Rdn. 318

4) ähnl. auch Kopp Bay VBL 66, 380

5) BVerwG Beschl. v. 10. 3. 1964 = BVerwGE 18, 218 Redeker-v. Oertzen § 65 Anm. 21 ff m. w. N.

6) vgl. oben B III 2

Zum anderen ist das Verfahren nach § 80 Abs. 5 als Eilverfahren so ausgestaltet, daß eine mündliche Verhandlung nicht erforderlich ist.

So kann unter Umständen auch ohne Anhörung des Antraggegners entschieden werden, was dann auch für den Beigeladenen gelten muß.<sup>1)</sup> Die Bedeutung des rechtlichen Gehörs, auf das Kopf hauptsächlich abstellt, tritt gerade wegen der Eilbedürftigkeit im Verfahren nach § 80 Abs. 5 zurück.<sup>2)</sup> Auch trifft die Behauptung, daß der Beschluß nach § 80 Abs. 5 bei unterlassener Beiladung den Begünstigten nicht bindet, nicht zu, da diese Wirkung gem. § 121 nur Urteile, nicht aber Beschlüsse gem. § 122 Abs. 1 haben. Eine entsprechende Anwendung des § 121 auf Beschlüsse ist aber nur dann in Betracht zu ziehen, soweit diese eine Sachentscheidung beinhalten<sup>3)</sup>, was bei den vorläufigen Entscheidungen des § 80 Abs. 5 aber nicht der Fall ist.

Um dieses unbillige Ergebnis zu vermeiden, sah sich das OVG Lüneburg<sup>4)</sup> veranlaßt, dem Begünstigten dennoch das Beschwerderecht zuzugestehen.

Ausgangspunkt für diese Auffassung war die Überlegung, daß sich beim VAmD zwei Bürger mit gleichem Rang gegenüberstehen, bei denen eine unterschiedliche Behandlung in der Rechtsmittelfrage nicht gerechtfertigt erscheint. Der Ausschluß der Beschwerde in § 80 Abs. 6 bedeutet lediglich, daß sich die Behörde mit der gerichtlichen Entscheidung abzufinden habe, da sich nur so die bevorzugte Stellung des zunächst erfolgreichen Antragstellers erkläre.

Eine weitergehende Anwendung auch auf die Anfechtung von VAmD sei weder aus Sinn und Zweck noch aus § 146, der eng auszulegen sei, zu entnehmen. Vielmehr müsse, soweit eine vorläufige Regelung zweier sich im Gebiet des öffentlichen Rechts bewegenden Einzelinteressen getroffen wird, diese gleichmäßig behandelt werden.<sup>5)</sup>

- 1) Eyermann-Fröhler § 80 Rdn. 60; Schunck-de Clerck § 80 Anm. 5 d, dd halten eine Beiladung vielfach nicht für erforderlich; Dritte "können" beigeladen werden;
- 2) s. auch Hess. VGH Beschl. v. 13. 1. 1967 = BRS 18, 225 Nr. 14 = Städtetaz 1967, 262
- 3) Schunck-de Clerck § 122 Anm. 2; Baumbach-Lauterbach § 329 ZPO Anm. 3
- 4) Beschl. v. 25. 4. 1967 = DVBL 68, 47 = BRS 18, 226 f Nr. 142 mit zust. Anm. Menger/Ericksen Verw. Arch. Bd. 59 (1968), 286 ff im Anschluß an seine Entscheidung vom 14. 12. 1961 VerwRspr Bd. 14, 752 Nr. 210; auch BVerwG im Beschl. v. 21. 10. 1968 = NJW 69, 202 = DVBL 69, 269 = DÖV 69, 111 in einem obiter dictum, ohne nähere Begründung; Gelzer 10 J. VwGO, S. 208 f und 219 f.
- 5) Menger/Ericksen a. a. O. kommen zum gleichen Ergebnis nicht aus "Sinn und Zweck des § 80", sondern über eine verfassungskonforme an Art. 3 GG ausgerichtete Auslegung des § 80 Abs. 6

Der Argumentation des OVG Lüneburg kann nicht gefolgt werden. <sup>1)</sup> Das OVG kommt zwar zu einem billigen und gerechten Ergebnis, doch nur unter Inkaufnahme eines Widerspruches in dieser eigenen Begründung.

Das OVG geht davon aus, daß § 80 auch für die VAmD die richtige Art des vorläufigen Rechtsschutzes bietet, da in § 80 Abs. 2 Nr. 4 auch Dritte erwähnt sind. Gleichzeitig wird dem Gesetzgeber unterstellt, daß er innerhalb des Systems des § 80, nämlich in der Regelung der § 80 Abs. 5 und 6, die Ausdehnung auf den begünstigten Dritten plötzlich vergessen haben soll. Diese Unterstellung ist aber nicht haltbar; entweder ist § 80 auf den VAmD anwendbar, dann hat der Gesetzgeber auch die Anwendung in der gesetzlichen Form gewollt, die dann aber wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG verfassungswidrig wäre oder § 80 paßt nicht auf den vorläufigen Rechtsschutz gegen VAmD.

Eine befriedigende Lösung kann nur über eine verfassungskonforme Ergänzung der § 80 Abs. 5 und Abs. 6 erreicht werden. <sup>2)</sup> Hält man § 80 auch bei VAmD für den richtigen Weg, so gebietet Art. 3 und Art. 19 Abs. 4 GG die durch die wörtliche Anwendung des § 80 Abs. 5 und Abs. 6 entstehende Ungleichbehandlung des Begünstigten, zu verhindern.

Gesteht man, wie das OVG ein, daß der Gesetzgeber in § 80 Abs. 5 und Abs. 6 die Beteiligung eines Dritten nicht gesehen hat, so erscheint es zweifelhaft, aus "Sinn und Zweck" des § 80 Abs. 5 eine Anwendung auf den Dritten herzuleiten. Nur eine Rückkoppelung auf die Grundrechte kann hier zu einem Ergebnis führen, wobei der dann erfolgte Rechtsschutz jedoch über den eigentlichen Zweck und Wortlaut des § 80 VwGO hinausgeht, da sich dieser Rechtsschutz dann nach dem nur beteiligten Dritten ausrichten muß und nicht das eigentliche Verhältnis An-

- 
- 1) Redeker-v. Oertzen 3. Aufl. § 80 Rdn. 49 bezeichnen die Auffassung des OVG Lüneburg als contra legem. Gegen OVG Lüneburg auch VGH Bad-Württ. Beschl. v. 10. 6. 69 = BRS 22, S. 245 Nr. 178 u. v. 13. 11. 1970 BRS Nr. 171; Hess. VGH Beschl. v. 10. 6. 1969 = BRS 22, 244 Nr. 177; Hess. VGH Beschl. v. 13. 1. 1967 = BRS 18, 225 Nr. 141; ebenso VGH Kassel Beschl. v. 27. 9. 1971 NJW 71, 2243 mit krit. Anm. Bühren NJW 72, 462 u. zust. Anm. Martzloff NJW 72, 919; abl. auch Finkelnburg a. a. O. Rdn. 318
  - 2) Entgegen BVerwG u. Schenke NJW 70, 270/71 kommt hier eine Analogie nicht in Frage, da i. d. F. die Rechtsfolge geändert wird, während bei einer Analogie diese unverändert bleibt (Menger/Ericksen Verw. Arch. Bd. 60, 385) Schenke führt selbst aus, daß bei einer "analogen Anwendung" des § 80 Abs. 5 das Gericht nicht selbst die Anordnung der Vollziehung aussprechen dürfe, sondern lediglich der Behörde zu ihrem Erlaß verpflichten kann; darin schon zeigt sich die veränderte Rechtsfolge der entspr. Anwendung des § 80 Abs. 5; s. auch Menger System § 20 S. 68 ff; vgl. auch Guthardt DVBL 72, 567

fechtender - Behörde mit dem Ziel der Privilegierung des Anfechtenden im Vordergrund stehen kann.

dd) Schwierigkeiten bei der Anwendung des § 80 auf den vorläufigen Rechtsschutz gegen VAMdD tauchen auch auf, wenn der Begünstigte oder die Behörde den angefochtenen VA vollziehen, ohne daß eine sofortige Vollziehung gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 besonders angeordnet worden wäre.<sup>1)</sup> Während eine Meinung nur die einstweilige Anordnung gem. § 123 für zulässig<sup>2)</sup> erachtet, bejaht die andere Auffassung die Anwendung des § 80 Abs. 5 und die Möglichkeit der Aufhebung einer bereits durchgeführten Vollziehung<sup>3)</sup>, andere behaupten wiederum, es fehle in diesem Falle an einem Rechtsschutzinteresse für die Erhebung eines Rechtsbehelfs, weil der vorläufige Rechtsschutz, der in diesem Fall begehrt wird, bereits durch die aufschiebende Wirkung von Widerspruch oder Klage gem. § 80 Abs. 1 erreicht sei.<sup>4)</sup>

Die Problematik beruht zunächst darauf, daß die VwGO das Vorgehen bei rechtswidriger Vollziehung<sup>5)</sup> eines VA trotz eingetretenen Suspensiveffektes und ohne Anordnung trotz der sofortigen Vollziehung nicht ausdrücklich geregelt hat. Nicht gefolgt werden kann Scholz<sup>6)</sup>, wenn er ausführt, daß bei Vollziehen des VA trotz vorhandenem Suspensiveffekt stets ein Fall des § 80 Abs. 2 Nr. 4 gegeben sei; denn "auch im Dulden der Vollziehung durch die Behörde wird der objekti-

- 1) Für das OVG Lüneburg bestehen i. d. F. keine Probleme, da schon im Erlaß des VA die Anordnung der sofortigen Vollziehung liegt; der Dritte sich also gem. § 80 Abs. 5 an das Gericht wenden kann.
- 2) Mangels NJW 61, 351; de Clerck NJW 61, 2233, derselbe DÖV 64, 152; Schäfer DVBL 62, 844; Manfr. Meyer Diss. S. 182 f; Timmermann a. a. O. S. 204; VG Braunschweig Beschl. v. 17. 10. 61 = DVBL 62, 229; OVG Mstr. Beschl. v. 24. 4. 1964 = DVBL 835 (2. Senat) anders aber der 5. Senat Beschl. v. 21. 4. 1970 = NJW 70, 1812 = DÖV 70, 685
- 3) Redeker-v. Oertzen § 80 Rdn. 24; Eyermann-Fröhler § 80 Rdn. 34, 42; Klinger § 80 Anm. E 1, Redeker DVBL 64, 836; Amberg Diss. S. 132 f; Scholz Diss. S. 212; Heintze NJW 63, 1433 VGH Mannheim Beschl. v. 18. 4. 1961 = NJW 62, 1172 mit zust. Anm. v. Oertzen; LVG Hann. Beschl. v. 15. 8. 1953 = DVBL 53, 705; OVG Koblenz Beschl. v. 16. 12. 1969 = ZfS 1970, 221; OVG Mstr Beschl. v. 21. 4. 1970 = NJW 70, 1812 = DÖV 70, 685
- 4) Haueisen NJW 53, 1165(1168) wohl auch OVG Lüneburg Beschl. v. 12. 12. 1962 = DVBL 63, 335; in einer Anm. zu Beschl. d. OVG Mstr. schlägt Renck NJW 70, 2315 die entspr. Anwendung des § 766 ZPO über § 172 VwGO vor; vgl. zum ganzen m. w. N. Kübler-Speidel V Rdn. 107 ff
- 5) das OVG Mstr. a. a. O. spricht von "faktischer Vollziehung"
- 6) Diss. S. 212; ders. Schl. Holst. Anz. 63, 156 (162); dagegen auch Finkelnburg a. a. O. Rdn. 236 und Rdn. 289 m. w. N.

ve Wille der Verwaltung, der allein entscheidend sei, dahin deutlich, daß die Behörde die sofortige Vollziehung gestattet, da nur bei Vorliegen des § 80 Abs. 2 Nr. 4 ein derartiges Dulden rechtmäßig sei."

Durch diese Auffassung würde die Vollzugsanordnung, die an die strengen Voraussetzungen des § 80 Abs. 2 Nr. 4 und Abs. 3 gebunden ist, auch ohne diese erfolgen können. Die Behörde könnte unter Umgehung des § 80 Abs. 2 Nr. 4 und Abs. 3 eine sofortige Vollziehung herbeiführen. Außerdem könnte der Fall, daß ein Vollzug ohne Wissen und Wollen der Behörde erfolgt, nicht erfaßt werden, da hier auch ein objektiver Wille der Verwaltung nicht erkennbar wird. Gegen die Anwendung des § 123 wie die des § 80 Abs. 5 bestehen Bedenken, die sich allein aus der Anwendung des § 80 auf den vorläufigen Rechtsschutz gegen VAmD ergeben. Eine Anwendung des § 123 erscheint schon im Hinblick auf § 123 Abs. 5 bedenklich, da darin ausdrücklich bestimmt wird, daß § 123 nicht für die Vollziehung des angefochtenen VA oder die Beseitigung der aufschiebenden Wirkung gilt. Bei einer faktischen Vollziehung will der klagende Dritte zwar die aufschiebende Wirkung wiederhergestellt haben - insoweit scheint der Wortlaut des Abs. 5 die Anwendung des § 123 nicht auszuschließen -, doch ergibt der Sinn und Zweck des § 123, der eine einstweilige Anordnung im Rahmen des § 80 vermeiden will, daß auch dieser Fall von der Sperrklausel des § 123 Abs. 5 erfaßt wird. Zum anderen ergibt sich eine Teilung des vorläufigen Rechtsschutzes, die auch unterschiedliche Konsequenzen mit sich brächte.

Erläßt die Behörde eine rechtswidrige Vollzugsanordnung, so kann sich der anfechtende Dritte dagegen nach § 80 Abs. 5 wehren; duldet die Behörde dagegen die Vollziehung, die, da keine Anordnung gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 vorliegt, auch rechtswidrig ist, so soll der Dritte gem. § 123 Rechtsschutz erhalten. Obwohl beide Fälle im Ergebnis gleich sind <sup>1)</sup>, soll der Rechtsschutz unterschiedlich sein. Das leuchtet nicht recht ein.

Auch wird der Dritte bei einer Anwendung des § 123 verfahrensrechtlich schlechter gestellt, er sieht sich unter Umständen Schadensersatzansprüchen gem. § 945 ZPO ausgesetzt <sup>2)</sup>, obwohl er einen Zustand wiederherstellen will, den er schon gem. § 80 Abs. 1 zu erreichen geglaubt hat. Ein Fehlverhalten der Behörde wird somit auf den Rechtsschutzbegehrenden abgewälzt, ohne daß dafür ein einsichtiger Grund vorhanden wäre. Tritt die Privilegierung des anfechtenden Dritten schon ein, wenn er sich gegen eine rechtmäßige Vollzugsanordnung wendet, so muß dies erst recht bei einer rechtswidrigen oder faktischen Vollziehung gelten. <sup>3)</sup>

1) darauf weist auch das OVG Mstr. a. a. O. NJW 70, 1812 hin

2) so Bettermann JZ 60, 335 ff (336 Anm. 6); Redeker DVBL 62 220 ff  
a. A. BGH Urt. v. 7. 11. 1961 = DVBL 62, 217 ff; vgl. auch unten C IV 2 b m. w. N.

3) im Ergebnis auch Lamberg NJW 63, 2154 (2156)

ee) Eine Anwendung des § 80 Abs. 5 auf diesen Fall läßt sich dagegen nur durch eine erweiternde Interpretation des § 80 Abs. 5 - insbesondere des Satzes 3 - erreichen. Heintze <sup>1)</sup> hat nachgewiesen, daß gem. § 80 Abs. 5 Satz 3 im Gegensatz zu Satz 1 die Vollziehung aufgehoben werden kann, auch wenn eine Vollzugsanordnung gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 nicht erfolgte <sup>2)</sup>, denn Satz 3 stellt eine Erweiterung zu Satz 1 dar. <sup>3)</sup> Nur so läßt sich eine Lücke im Gesetz schließen, die auftreten würde, wenn auch Satz 3 nur für die Zukunft das Verbot einer Vollziehung, für die Vergangenheit die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Vollziehung zum Gegenstand haben soll. Eine bereits durchgeführte oder begonnene Vollziehung ließe sich dann durch § 80 nicht erfassen. Ebenso könnte eine faktische Vollziehung weder nach § 80 Abs. 5 Satz 1 noch nach Satz 3 verhindert werden, da eine Vollzugsanordnung gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 gar nicht vorlag, diese aber Voraussetzung für die Anwendung des § 80 Abs. 5 wäre.

Wird dem Dritten bei faktischer Vollziehung vorläufiger Rechtsschutz entsprechend § 80 Abs. 5 S. 3 gewährt, so ist dadurch aber noch nicht sichergestellt, daß der Begünstigte von dem VA keinen Gebrauch mehr macht. Die Anordnung der Aufhebung der Vollziehung enthält zwar eine Aufforderung an die Behörde, Maßnahmen zum Verhindern bzw. Rückgängigmachen der Vollziehung zu treffen, doch steht dem Dritten keine Möglichkeit zur Seite, die Behörde zu diesen Maßnahmen zu zwingen. Ein gem. § 172 VwGO vollstreckbarer Anspruch gegen die Behörde erlangt der Dritte durch den Beschluß nach § 80 Abs. 5 S. 3 nicht. <sup>4)</sup> Darin zeigt sich der Mangel an Effektivität des vorläufigen Rechtsschutzes gegen VAmDD im Rahmen des § 80.

---

1) NJW 63, 1430

2) diese Möglichkeit verneint Mangels NJW 61, 352, der annimmt, daß Satz 3 nur in Zusammenhang mit Satz 1 gesehen werden kann, was sich aus der Stellung der Sätze und den Worten "im Zeitpunkt der Entscheidung" in Satz 3 ergebe; ähnl. auch Peter DÖV 65, 744 (751); gegen eine Zerlegung des Abs. 5 in zwei Rechtsbehelfe auch Amberg Diss. S. 132 Anm. 3

3) Diese Erweiterung zeigt sich auch darin, daß das Gericht im Gegensatz zu Satz 1 keine direkte Gestaltung der objektiven Rechtslage herbeiführt, sondern eine Aufforderung an die Behörde erläßt, die Vollziehung rückgängig zu machen. Dies zeigt der Vergl. S. 1 "... wiederherstellen" u. S. 3 "... die Aufhebung der Vollziehung anordnen."; besonders deutlich hervorgehoben bei OVG Mstr. Beschl. v. 9. 3. 1962 = NJW 62, 2077, Löwer DVBL 66, 251 (254); Lamberg NJW 63, 2154 (2155).

4) so Löwer DVBL 66, 251 (256); Bender NJW 66, 1989 (1993) Peters DÖV 65, 744 (751) derselbe DÖV 68, 551; Schäfer DVBL 62, 844, OVG Rheinl. -Pf.

Menger <sup>1)</sup> wendet sich gegen die Nichtvollstreckbarkeit mit dem Hinweis, daß dann die Anordnung nach Abs. 5 "die Eigenschaft eines vorgängigen Rechtsschutzes minderen Wertes" erhalte, wofür es keinen einleuchtenden Grund gäbe. Schon der Hinweis auf einen Rechtsschutz "minderen Wertes" im Rahmen des § 80 Abs. 5 erscheint im Hinblick auf den Automatismus des § 80 nicht ganz zutreffend. <sup>2)</sup>

Zum anderen lassen sich aus der unterschiedlichen prozessualen Struktur der Verfahren nach § 123 und § 80 durchaus einleuchtende Gründe für die Nichtvollstreckbarkeit der Beschlüsse nach § 80 Abs. 5 finden. <sup>3)</sup>

Zunächst fehlt dem Verfahren nach § 80 Abs. 5 ein dem § 123 Abs. 4 in Verbindung mit § 924, 925 ZPO entsprechendes Rechtsbehelfsverfahren. Dadurch wird dem Verfahrensgegner die Möglichkeit gegeben, eine im Eilverfahren ergangene Entscheidung zur gründlichen Nachprüfung des Gerichts zu stellen. <sup>4)</sup>

Durch die Mitwirkung des Verfahrensgegners bei § 123 Abs. 4 und des durch die mündliche Verhandlung gewährleisteten größeren Grades an Aufklärung des Sachverhaltes ist die zwangsweise Durchsetzbarkeit der einstweiligen Anordnung gem. § 168 Abs. Nr. 2 und § 172 S. 1 gerechtfertigt.

Die Erkenntnismöglichkeiten des Gerichts sind im Verfahren nach § 123 wesentlich größer als im Verfahren nach § 80 Abs. 5. <sup>5)</sup>

---

Fortsetzung der Fn. 4) von S. 133:

Beschl. v. 26. 2. 1965 = DÖV 65, 674 = NJW 65, 881 Timmermann  
a. a. O. S. 204;

a. A. Redeker-v. Oertzen § 80 Rdn. 50; Koehler § 80 Anm. E VI 1  
Menger VerwArch. 55 (1964), 275 (286 f) abl. Anm. zu VG Neustadt  
Urt. v. 14. 5. 1963 = NJW 63, 2186; Redeker DÖV 65, 678 abl. Anm. zu  
Beschl. OVG Rheinl. Pf.; vgl. auch Guthardt DVBL 72, 567, 570, der die  
Vollstreckbarkeit analog § 172 wegen der Ähnlichkeit zur einstweiligen  
Anordnung bejaht.

- 1) VerwArch. 55 (1964), 286
- 2) so auch Löwer a. a. O. S. 256
- 3) in diesen prozessualen Unterschieden ist das entscheidende Argument gegen die zwangsweise Durchsetzbarkeit der Beschlüsse zu suchen und nicht in der logisch zutreffenden aber zu formalen Begründung von Löwer a. a. O. S. 252, 255
- 4) vgl. unten C III 2
- 5) Im Rahmen des § 123 muß eine Glaubhaftmachung erfolgen, zum anderen können in der gem. § 123 Abs. 4 zu erzwingenden mündlichen Verhandlung die "Beteiligten" durch Vorlage von Beweismitteln und mündlicher Aussprache den Sachverhalt aufklären, wodurch eine dezidiertere Entscheidung des Gerichts ergehen kann.

In einem bilateralen Verhältnis von Bürger und Behörde wird die Behörde allein schon durch den Beschluß nach § 80 Abs. 5 gehindert, den angefochtenen VA zu vollziehen. Setzt sich die Behörde über diese Verpflichtung hinweg, so setzt sie sich Haftungsansprüchen des Bürgers aus. In diesem Rahmen ist ein Hinwirken der Behörde auf die Verhinderung der Vollziehung nicht nötig, da die Behörde Adressat der Verpflichtung und gleichzeitig Vollzugsperson ist.

Im Dreiecksverhältnis bei den VAmD bedarf es zur Verhinderung bzw. Rückgängigmachung der Vollziehung entsprechend dem Beschluß des Gerichts noch einer Ausführungsmaßnahme der Behörde gegen den Begünstigten, da sich die Anordnung der Aufhebung der Vollziehung allein an die Behörde richtet.

Vollzieht der Dritte, trotz des Beschlusses nach Abs. 5, setzt er sich keinerlei Haftungsansprüchen des Dritten aus, da zunächst eine Anordnung der Behörde an ihn ergehen muß. Allein in diesem Fall wird das Problem der Vollstreckbarkeit des Beschlusses nach § 80 Abs. 5 akut. Eine Vollstreckung scheidet aber auch in diesem Fall aus, da der Beschluß gem. Abs. 5 lediglich den ursprünglichen, dem § 80 Abs. 1 entsprechenden Zustand wiederherstellen soll.

Läge im Beschluß gem. § 80 Abs. 5 ein vollstreckungsfähiger Titel, so würde der anfechtende Dritte ein über seinen vorherigen Zustand hinausgehendes Mehr erhalten. <sup>1)</sup> Dies ist aber nicht der Sinn des § 80 Abs. 5, wie sich aus der Stufenfolge des § 80 ergibt. Ergibt sich daher, daß die Behörde der nach § 80 Abs. 5 S. 3 entstandenen Pflicht nicht nachkommt, so bleibt dem Betroffenen nur die Möglichkeit, eine einstweilige Anordnung gem. § 123 zu beantragen und aus ihr die Vollstreckung zu betreiben. Dadurch wird das System des vorläufigen Rechtsschutzes gegen VAmD doppelgleisig, was gerade durch § 123 Abs. 5 verhindert werden sollte. <sup>2)</sup> Der betroffene Dritte wird durch die Anwendung des § 80 auf den vorläufigen Rechtsschutz gegen VA gezwungen, zweimal das Gericht in Anspruch zu nehmen, einmal im Rahmen des § 80 Abs. 5, zum anderen durch den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung gem. § 123, woraus eine nicht gerechtfertigte Belastung des Dritten folgt.

---

1) so auch Löwer a. a. O. S. 252, 256

2) dagegen hindert § 123 Abs. 5 nicht die Anwendbarkeit der einstweiligen Anordnung im Rahmen des § 80, denn diese Bestimmung stellt nur klar, daß § 123 Abs. 1 - 4 subsidiär sind, soweit § 80 eingreift. Kann der Betroffene aber vorläufigen Rechtsschutz - worunter auch die Effektivität dieses Rechtsschutzes zu fassen ist - nicht gem. § 80 erlangen, so greift § 123 wieder ein (s. auch Daumann Diss. S. 83; Kellner DÖV 63, 426; Bettermann JZ 60, 545)

## 5. Ergebnis und eigene Meinung:

Nach der erweiterten Interpretation des Vollzugsbegriffes scheint auch für den vorläufigen Rechtsschutz gegen VAmD § 80 der richtige Weg zu sein. Die Untersuchung hat jedoch gezeigt, daß sich aus der Übertragung des Dreiecksverhältnisses auf den am bilateralen Verhältnis orientierten § 80 schwerwiegende Bedenken ergeben, die teilweise nur durch eine sehr weitgehende Interpretation des § 80 ausgeräumt werden können.

a) Ausgangspunkt der Überlegung war die Tatsache, daß sich bei der Anfechtung eines VAmD im Ergebnis zwei gleichberechtigte Bürger gegenüberstehen, in deren widerstreitende Interessen die Behörde im Rahmen des § 80 eingeschaltet wird. Bei der Prüfung der Frage, ob das Verfahren nach § 80 den widerstreitenden Interessen gerecht wird, ist entscheidend auf den Gleichheitssatz und den Grundsatz der Waffengleichheit abzustellen.<sup>1)</sup> Dabei ergaben sich Gesichtspunkte, die zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung des durch den VA begünstigten Dritten führt.

Der automatische Eintritt des Suspensiveffektes - auch bei unzulässiger Klage - erscheint gegen das Übergewicht der Verwaltung gerechtfertigt, nicht aber in diesem Fall, wo sich der Bürger im Ergebnis gegen ein Vorhaben eines anderen Bürgers wendet. Die Anwendung des § 80 schafft daher eine Privilegierung des anfechtenden Dritten.

Der Grundsatz der Waffengleichheit der streitenden Parteien ist ein jedes Verfahren vor dem unabhängigen Richter beherrschendes Prinzip. Dieser Grundsatz stellt einen Ausfluß des Art. 3 GG dar, in dem sich das Grundgesetz zur Gerechtigkeit mit der Forderung nach Gleichbehandlung bekennt.<sup>2)</sup>

Diesem Postulat der Gleichbehandlung in Bezug auf den "Gegner"<sup>3)</sup> wird der vorläufige Rechtsschutz gegen VAmD im Rahmen des § 80 nicht gerecht.

- 
- 1) Bötticher, Gleichheit vor dem Richter S. 6 ff; Menger, Jubiläumsschrift S. 434; Lücke Jus 61, 43
  - 2) Bötticher Gleichheit S. 6 ff; Stein/Jonas/Pohle Anm. V 2 vor § 128; Blomeyer S. 71 f; Lücke Jus 61, 43; Menger Jubiläumsschrift S. 434; Menger/Ericksen VerwArch. 58 (1967) 81 f und 59 (1968) 287; v. Mutius, Widerspruch S. 32 f u. 87 f; Scholler, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, 1969 Berlin
  - 3) Bötticher: Gleichheit S. 6/7

Zwar steht der Dritte in Bezug auf die Behörde in einem gleichen Verhältnis, aber eigentlicher Gegner innerhalb dieser Dreiecksbeziehung ist der Begünstigte. Daher ist die Gleichbehandlung nicht allein in Bezug auf die verklagte Behörde zu sehen, sondern auch der Begünstigte ist in den Kreis dieser "Anstandsgerechtigkeit" <sup>1)</sup> einzubeziehen, d. h. im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes müssen alle drei die gleichen Chancen haben.

Nun könnte man der Forderung nach Waffengleichheit im Rahmen des § 80 schon damit begegnen, daß der Begünstigte gar nicht Gegner des Anfechtenden sei, da dieser ja die Klage gegen die Behörde führt.

aa) Voraussetzung für die Anwendung des Prinzips der Waffengleichheit ist daher die Stellung des Begünstigten als "Gegner".

Der BGH und ihm folgend ein Teil des Schrifttums <sup>2)</sup> haben für die Frage des Schadensersatzanspruches des Begünstigten gegenüber dem Dritten die Stellung des Begünstigten als Gegner abgelehnt. Gegner sei allein die Behörde. Diese These, die der BGH im Rahmen des § 123 in Verbindung mit § 945 ZPO aufstellte, die aber auch auf § 80 übertragen werden kann, da auch hier Antragsgegner die Behörde ist, erscheint aber zu formal.

Ausgangspunkt muß die Stellung des Begünstigten als notwendig Beigeladener sein. Der notwendig Beigeladene im Rahmen dieser Drittbeziehung ist zwar nicht Partei <sup>3)</sup>, doch ist das Gericht gem. § 65 Abs. 2 ausdrücklich zur Beiladung verpflichtet, anderenfalls entfällt eine Bindungswirkung des Urteils gegenüber dem Begünstigten, in dessen Rechtsstellung mittels der Klage gerade eingegriffen werden soll. Das Ziel der Klage gegen einen VAmDD würde letztlich verfehlt. <sup>4)</sup> Gerichtet ist die Klage im Ergebnis gegen den Bauherrn.

---

1) Bötticher a. a. O.

2) BGH Urt. v. 7. 11. 1961 = DVBL 62, 217 = MDR 62, 125; Laubinger S. 132 ff; Bender NJW 66, 1994 Fußn. 34; Sellmann DVBL 63, 283 u. NJW 64, 1549

3) Stahl a. a. O. S. 36, 97 f; 122 ff m. w. N.; Redeker-v. Oertzen § 66 Rdn. 3, wobei jedoch nur auf den formellen verfahrensrechtlichen Parteibegriff abgestellt wird. Sieht man den Begriff des Gegners jedoch weiter als den der Partei, indem man auf das Klageziel abstellt, so wird auch der notwendig beigeladene Dritte zum Gegner

4) hier zeigt sich besonders deutlich, daß der Gegner des Klägers gerade der Begünstigte ist, dessen Rechtsstellung wird durch die Klage angegriffen. Da aber die Behörde diese Rechtsstellung vermittelt hat, u. sie allein - aufgrund der öffentlich rechtlichen Vorschriften - die Möglichkeit hat, diese Stellung wieder zu schmälern, muß sie in diesem Prozeß eingeschaltet werden, aufgrund ihrer formalen Stellung sogar als Antragsgegner.

Allein wegen der Eigenart des Verwaltungsstreitverfahrens muß die Behörde dazwischen geschaltet werden, die "formell betroffen ist", materiell betroffen ist hingegen der Begünstigte. <sup>1)</sup> Das Urteil soll bewirken, daß auf die materielle Stellung des Beigeladenen eingewirkt wird, d. h. seine Rechtsposition soll geschmälert werden.

Diese Betrachtung zeigt, daß für die Gegnerschaft im Rahmen der Waffengleichheit nicht allein auf die formelle Stellung im Prozeß abzustellen ist, sondern auch Ziel und Wirkung des Prozesses und des Urteils mit einbezogen werden müssen. Ist das Ziel der Klage aber, die materielle Stellung des Begünstigten einzuschränken, so ist er auch "Gegner" im Prozeß. Ihm müssen daher die gleichen Chancen geboten werden wie dem Kläger. Wer anschließend die nach materiellem Recht bessere Position hat, ist dagegen im Rahmen der Waffengleichheit im Prozeß gleichgültig. <sup>2)</sup>

#### bb) Inhalt des Prinzips der Waffengleichheit

Zunächst ist klarzustellen, daß das Prinzip der Waffengleichheit von der Frage der Dispositionsfreiheit im Prozeß streng zu trennen ist.

Der Untersuchungsgrundsatz des § 86 VwGO wirkt sich nicht auf die Waffengleichheit aus, da der Begriff der Waffengleichheit nur das Verhältnis der Parteien zueinander betrifft und zu diesem Verhältnis eine Relation herstellen will, dagegen aber nichts darüber aussagen will, welchen Einfluß die Parteien oder das Gericht auf den Gang des Prozesses haben sollen. <sup>3)</sup> Die einzelnen Verfahrensmaximen berühren das Prinzip der Waffengleichheit nicht, da dies sich nur

---

Fortsetzung der Fn. 4) von S. 137:

Bettermann JZ 60, 336 Fußn. 6; Taegen Schl. Holst. Anz. 70, 213 f; s. auch Redeker DVBL 62, 220; Bach BuG 58, 249 (250); vgl. auch oben B III 2

- 1) Bach BuG 1958, 249 ff; Taegen a. a. O., Redeker a. a. O.; Timmermann a. a. O. S. 208 ff
- 2) Böttcher S. 8, 14; Scholler a. a. O. S. 30 "Die Waffengleichheit ist der rein funktionelle Teilinhalt der Chancengleichheit. "; auch Bruns a. a. O. S. 115
- 3) dies verkennen Lüke Jus 61, 43 und Menger, Jubiläumsschrift S. 434, wenn sie erklären, daß "der Verwaltungsprozeß im Gegensatz vom Zivilprozeß nicht von der Waffengleichheit der Parteien ausgehen kann ... " und weiter "... deshalb muß das Verwaltungsgericht bei der Tatsachenermittlung eine freiere Stellung haben als das Zivilgericht im normalen Zivilprozeß"; da das Prinzip der Waffengleichheit nicht auf die Tatsachenermittlung beschränkt bleiben kann.

auf die formale prozessuale Stellung der Parteien bezieht, die gleich sein müssen. <sup>1)</sup>

Inhalt des Prinzips der Waffengleichheit besteht zum einen darin, daß die Parteien während des Prozesses die gleichen Möglichkeiten haben "die Waage (der Justitia) in Bewegung zu sehen und zu halten" <sup>2)</sup>, d. h. innerhalb des Prozesses - wozu auch der vorläufige Rechtsschutz zu zählen ist - die gleichen Mittel zu besitzen, den Prozeßausgang nach ihren Gunsten zu beeinflussen. Dies kann sich in der Möglichkeit der Antragstellung, der Behauptungen oder der Abwehr von Belastungen oder Benachteiligungen ausdrücken; z. B. die Befugnisse der § 80 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 5, Abs. 6 sollen dies verdeutlichen. Diese Möglichkeiten im Rahmen des § 80 stellen zwar eine Waffengleichheit der Beteiligten in einem zweiseitigen Streitverhältnis dar, bei der Anfechtung eines VAmD wird die Waffengleichheit durch § 80 in dem Dreiecksverhältnis zwischen Drittem, Adressaten und Behörde nicht mehr gewahrt, da dem Dritten im Verhältnis zum eigentlich angegriffenen Adressaten verfahrensrechtlich mehr aufgebürdet wird. Der anfechtende Dritte und der Adressat haben im Rahmen des § 80 gerade nicht die gleichen Möglichkeiten den Prozeßausgang und die Durchsetzung ihrer Rechte zu beeinflussen. <sup>3)</sup>

Daneben gehört zur Gleichbehandlung der Parteien auch eine gleichmäßige Verteilung des Risikos am Prozeßausgang. <sup>4)</sup>

Beide Inhalte des Prinzips der Waffengleichheit werden durch die Anwendung des § 80 auf den vorläufigen Rechtsschutz gegen VAmD nicht erfüllt. Die Anwendung des § 80 verstößt daher gegen das Prinzip der Waffengleichheit, letztlich also gegen Art. 3 GG.

#### b) Anwendung des Grundsatzes der Waffengleichheit auf den VAmD

Während der Dritte den Suspensiveffekt allein durch die Anfechtung des VA - bzw. den Widerspruch, der nicht näher begründet zu sein braucht -, erreichen kann, trägt der durch den VA Begünstigte die Last der Antragstellung, will er die aufschiebende Wirkung wieder beseitigen, § 80 Abs. 2 Nr. 4. Er muß dar- tun, daß der Rechtsbehelf des Dritten mit erheblicher Wahrscheinlichkeit erfolg-

1) so auch Bötticher: a. a. O. S. 13

2) Bötticher S. 9

3) insbes. im Rahmen des § 80 Abs. 6 VwGO und bei der faktischen Vollziehung des VAmD zeigt sich die ungleiche Belastung, ebenso bei der doppelten Darlegungslast des Dritten, vgl. ausf. oben C 4 II c aa, cc und ee

4) Bötticher S. 9 und 15; v. Mutius Diss. S. 33; Blomeyer Zivilprozeßrecht S. 71/72 § 15

los bleiben wird. Dieses verfahrensrechtliche Erschwernis ist - insbesondere in den Fällen, in denen der Adressat des VA einen grundgesetzlich geschützten Anspruch auf Erlaß des VA hat, bei der Baugenehmigung, Art. 14, und bei der gewerblichen Erlaubnis, Art. 12 - mit der grundrechtlichen Lage zwischen Begünstigten und Belasteten auch im Hinblick auf Art. 3, nicht vereinbar.

Dem Begünstigten als dem Anspruchsberechtigten einer gebundenen Erlaubnis kann daher von Verfassung wegen nicht aufgebürdet werden, gegenüber einer im Rahmen des § 80 Abs. 2 Nr. 4 in ihrem Ermessen freien Behörde nochmals darzutun, daß er von der Genehmigung Gebrauch machen darf, während der Dritte zur Hemmung dieser Genehmigung nichts anderes zu tun braucht, als die Berechtigung der Erteilung der Genehmigung anzuzweifeln.

Um dem Grundsatz der Waffengleichheit zu entsprechen, müssen Rechtsprechung und Literatur im Rahmen des § 80 zu einer, dem eindeutigen Wortlaut widersprechenden Interpretation greifen; (§ 80 Abs. 5, 6), obwohl die VwGO einen einfacheren Weg, nämlich den Erlaß einer einstweiligen Anordnung, zur Verfügung stellt.

Die Anwendung des § 80 auf den vorläufigen Rechtsschutz gegen VAmD bedingt eine Zersplitterung des Systems des vorläufigen Rechtsschutzes, da § 80 in einigen Fällen keinen, durch Art. 19 Abs. 4 GG aber geforderten, effektiven Rechtsschutz bieten kann.

Die Hereinnahme des § 123 in das System des § 80 beseitigt zwar zum einen die Privilegierung des Dritten wieder, doch widerspricht die Anwendung des § 123, z.B. durch die gem. § 945 ZPO ausgedrückte Gefährdungshaftung, gerade der durch § 80 gewollten Privilegierung. Dieses Dilemma läßt sich nur dadurch lösen, daß man allein § 123 als den richtigen Weg des vorläufigen Rechtsschutzes gegen VAmD bezeichnet.

Um dieses Ergebnis zu stützen, muß noch auf § 80 Abs. 2 Nr. 4 eingegangen werden, in dem die Interessen eines Beteiligten bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung zu beachten sind. Durch die Erwähnung der Beteiligten wird gefolgert, daß der Gesetzgeber das Problem des VAmD gesehen habe und daher auch § 80 auf diese Fälle anwendbar sei.

Der Begriff des Beteiligten im Sinne des § 80 Abs. 2 Nr. 4 ist materiell-rechtlich aufzufassen. <sup>1)</sup> Koehler <sup>2)</sup> sieht als Beteiligten in diesem Sinne denjenigen an, der die Prozeßführungsbefugnis im Sinne des § 42 besitzt. Danach wäre mög-

---

1) im Gegensatz zu § 63 ff, der Beteiligte auch unter prozessualen Gesichtspunkten aufführt

2) § 80 Anm. B IV 4 b

licherweise durch den Begriff des Beteiligten klargestellt, daß der Gesetzgeber auch die VAmD unter den vorläufigen Rechtsschutz des § 80 fassen wollte <sup>1)</sup>, da in diesem Fall der Adressat des vom Dritten angefochtenen VA die Prozeßführungsbefugnis besitzt. Dagegen spricht aber, daß zum einen das Problem des VAmD in seiner ganzen Auswirkung bei Schaffung der VwGO noch gar nicht gesehen wurde. <sup>2)</sup>

Anderenfalls müßte man dem Gesetzgeber unterstellen, daß er zwar für diese VA als richtige Art des vorläufigen Rechtsschutzes § 80 angesehen habe, gleichzeitig sich aber keinerlei Gedanken über die Auswirkungen der Anwendbarkeit des § 80 auf diese VA gemacht habe. <sup>3)</sup>

Die Untersuchung hat gezeigt, unter welchen Schwierigkeiten der vorläufige Rechtsschutz bei VAmD im Rahmen des § 80 zu gestalten ist. Schon ein Vergleich des ausgewogenen Systems des § 80 mit diesen Schwierigkeiten bei dem VAmD läßt erkennen, daß der Gesetzgeber an diese VAmD nicht gedacht hat (bewußt oder unbewußt).

Zum anderen wohnt dem Gesetz nicht die Tendenz inne, noch nicht voll abgeklärte Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung <sup>4)</sup> durch vorzeitigen Ausspruch zu entscheiden. Aus der Fassung des § 80 Abs. 2 Nr. 4 kann daher nur bedingt geschlossen werden, daß der Gesetzgeber auch den vorläufigen Rechtsschutz gegen VAmD nach § 80 gestalten wollte. <sup>5)</sup>

Da der vorläufige Rechtsschutz sich nach den Bedürfnissen des von der öffentlichen Gewalt Betroffenen zu richten hat, diese Interessen im Hinblick auf Art. 19

---

1) Redeker-v. Oertzen § 80 Rdn. 19 und 7

2) Lamberg NJW 63, 2154, Quaritsch a. a. O. S. 52; Fromm VerwArch. 56 (1965), 52

3) Es wäre unverständlich, warum der Gesetzgeber bei genauer Überlegung nicht eine klare Aussage gemacht und die Schwierigkeiten der Anwendung des § 80 auf VAmD vermieden hat.

In der amtl. Begr. sind die VAmD im Rahmen des § 80 jedenfalls nicht erwähnt

4) die Problematik des vorläufigen Rechtsschutzes gegen VAmD war, wie sich am Beispiel der Nachbarklage zeigt, vor Erlass der VwGO noch weniger geklärt als heute; s. auch Demme GewArch. 70, 145 (150)

5) ebenso ergeben die §§ 68 Abs. 1, 71 und 79 Abs. 1 VwGO keinen Aufschluß darüber, wie der vorläufige Rechtsschutz bei VAmD zu gestalten ist, auch wenn man zugesteht, daß im Rahmen des Widerspruchsverfahrens Drittwirkungsfälle vom Gesetzgeber berücksichtigt wurden; diesen Schluß zieht aber vor allem der VGH Bad.-Württ. Beschl. v. 10. 6. 1969 BRS 22 Nr. 178

Abs. 4 GG (effektiver Rechtsschutz) und Art. 3 (Waffengleichheit) aber bei der Anwendung des § 80 auf den vorläufigen Rechtsschutz bei VAmD nicht gewahrt werden, scheidet § 80 für den vorläufigen Rechtsschutz gegen VAmD aus. <sup>1)</sup>

### III. Vorläufiger Rechtsschutz gemäß § 123 VwGO

Die einstweilige Anordnung ergeht in einem selbständigen Hauptverfahren. Die Entscheidung liegt in den Händen des unabhängigen Gerichts, in dem der Richter eine Rechtsentscheidung trifft. Ein Ermessen steht dem Gericht nur im Hinblick auf Art der Anordnung zu, nicht jedoch in der Frage des "ob" das Gericht überhaupt einschreiten **will**. <sup>2)</sup>

Das Verfahren nach § 123 verwirklicht die verfahrensrechtliche Gleichstellung zwischen Dritten und Begünstigtem.

Im Gegensatz zu § 80 Abs. 1, bei der die einfache Erklärung des Dritten genügt, er wehre sich gegen den VA, um den Suspensiveffekt herbeizuführen, muß im Verfahren nach § 123 der Dritte glaubhaft vortragen, daß eine Gefährdung seiner Rechte besteht.

#### 1. Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung

Gem. § 123 I 1 kann jedes subjektive Recht, das in seinem Bestand oder seiner Verwirklichung gefährdet ist, durch eine einstweilige Anordnung gesichert wer-

1) im Ergebnis, wenn auch zum Teil mit anderer Begründung, ebenso; Wieseler a. a. O. S. 240; Fromm DVBL 62, 801 ff; derselbe Verw. Arch. Bd. 56 (1965), 52; Schroer DÖV 66, 228 ff; Peters DÖV 65, 750 und DÖV 68, 552; Redeker-v. Oertzen § 80 Rdn. 7 u. § 123 Rdn. 3; Demme Gew. Arch. 70, 145; und ein Teil der Rechtsprechung, die jedoch zum Teil schon die Möglichkeit des Eintretens der aufschiebenden Wirkung bei diesem VA leugnen und so zu einem vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 gelangen: OVG Mstr. Beschl. v. 9. 8. 1966 OVGE 22, 247 = NJW 66, 2181; Urt. v. 23. 4. 1964 OVGE 20, 43; OVG Koblenz Beschl. v. 2. 3. 1967 BRS 18 Nr. 140; Beschl. v. 18. 10. 1953 AS 1, 400; OVG Saar Beschl. v. 12. 6. 1968 AS 10, 376; Beschl. v. 25. 5. 1970 AS 11, 419; Hess VGH Beschl. v. 10. 6. 1969 BRS 22, 177; Beschl. v. 12. 7. 1966 NJW 66, 2183; OVG Berlin Beschl. v. 16. 12. 1966 DÖV 67, 174, neuerdings aber anders Beschl. v. 14. 4. 1969 AS 10, 103; zur Rechtspr. des OVG Mstr. auch Gelzer DÖV 65, 793 anders dagegen NJW 70, 1352 ff u. 10 J. VwGO, S. 213 ff

2) Quaritsch a. a. O. S. 217 ff; Redeker-v. Oertzen § 123 Rdn. 17

den. Beim vorläufigen Rechtsschutz gegen einen VAmDD wird in der Regel eine einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 - zur Sicherung gefährdeter Rechte - **ergehen** <sup>1)</sup>, so ist z. B. bei der Ausnutzung einer Baugenehmigung ein dem Nachbarn möglicherweise zustehendes Nachbarrecht gefährdet. Die einstweilige Anordnung soll einer Änderung der durch den VA gegebenen Situation durch Sicherungsmaßnahmen vorbeugen, da anderenfalls im Hauptprozeß schon vollendete Tatsachen geschaffen sein könnten.

a) **Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund:**

Der Antragsteller muß einen Anordnungsanspruch vortragen, d. h. ein Recht, welches vorläufig gesichert werden soll. <sup>2)</sup> Weiterhin muß ein Anordnungsgrund feststehen oder glaubhaft sein.

Dieser besteht, wenn die Gefahr einer rechtswidrigen Beeinträchtigung der Rechtsposition - des Anordnungsanspruches - objektiv besteht, eine nur subjektive Befürchtung des Antragstellers reicht dazu nicht aus. <sup>3)</sup> Beim VAmDD, der in der Regel rechtsgestaltender VA ist und dessen Verwirklichung in der Hand des Adressaten liegt, erfordert somit die Gefahr einer Rechtsbeeinträchtigung zumindest eine Handlung des Begünstigten, die auf eine unmittelbar bevorstehende, rechtserhebliche Veränderung schließen läßt. <sup>4)</sup>

Allein das Vorhandensein des VA bedingt noch keine objektive Gefahr; <sup>5)</sup> es besteht zu diesem Zeitpunkt zwar schon eine Rechtsbeeinträchtigung, eine Veränderung des tatsächlichen Zustandes, der § 123 vorbeugen will, tritt jedoch erst mit dem Beginn der Verwirklichung des dem VA entsprechenden Zustandes ein.

- 
- 1) vgl. zur Unterscheidung der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 S. 1 und S. 2 ausführlich Rohmeyer, Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß, 1967; Quaritsch a. a. O. S. 230 f; Kübler-Speidel V Rdn. 143 ff.
  - 2) zur Frage, ob die Voraussetzungen für eine einstweilige Anordnung schlüssig sein müssen (so Quaritsch a. a. O.) oder ob es ausreicht, daß die Voraussetzungen nach dem Vortrag lediglich in Betracht kommen (so Obermayer a. a. O.) Kübler-Speidel V Rdn. 144; vgl. insbesondere Rohmeyer a. a. O.
  - 3) VGH Bad.-Württ. Beschl. v. 4. 11. 1960 ESVGH 10, 73; Kübler-Speidel V Rdn. 145; Finkelnburg a. a. O. Rdn. 67; Quaritsch a. a. O. S. 368; sowie für § 935 ZPO Baumbach-Lauterbach § 935 Anm. 2; Stein-Jonas § 935 Anm. III
  - 4) z. B. Vorkehrungen, die den Beginn der Bauarbeiten anzeigen OVG Berlin Beschl. v. 16. 12. 1966 BRS 17, 227
  - 5) dagegen läßt der VGH Kassel Beschl. v. 12. 7. 1966 BRS 17, 238 allein das Vorliegen einer Baugenehmigung ausreichen

Hinzutreten muß, daß die Verwirklichung der Rechte des Dritten vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Dabei ist eine vernünftige, den wirtschaftlichen Gegebenheiten und den tatsächlichen Lebensverhältnissen gerecht werden- de Betrachtungsweise anzulegen. <sup>1)</sup> So wird bei einer Baugenehmigung für ein 6-stöckiges Wohnhaus in einem Baugebiet, wo nur 5-stöckige Bauten zulässig sind, ein Anordnungsgrund noch nicht vorliegen, wenn der Bauherr mit dem Ausschachten beginnt. Zu diesem Zeitpunkt droht weder die Gefahr der Vereitelung seines Rechts auf Einhaltung des 5-geschössigen Baues noch wird die Verwirklichung seines Rechts wesentlich erschwert, da er zunächst mit Widerspruch und Klage gegen die Baugenehmigung vorgehen kann.

Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch müssen entweder feststehen oder glaubhaft sein. Der Antragsteller muß diese Voraussetzungen glaubhaft machen. Aus dem im Verwaltungsprozeß geltenden Untersuchungsgrundsatz § 86 VwGO, der auch für das einstweilige Anordnungsverfahren gilt <sup>2)</sup>, folgt jedoch, daß das Prinzip der Glaubhaftmachung im Sinne des § 294 ZPO nach § 173 VwGO nur soweit Anwendung findet, wie der Amtsermittlungsgrundsatz dies zuläßt; das Gericht hat daher den Sachverhalt aufzuklären, allerdings nur in dem Umfang, wie es das summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung zuläßt. <sup>3)</sup>

Im Rahmen dieser Aufklärung ist das Gericht berechtigt, auf Antrag der Beteiligten oder von Amts wegen eine Beweisaufnahme durchzuführen; der Umfang der Beweisaufnahme wird dabei durch die Eilbedürftigkeit des Verfahrens begrenzt. <sup>4)</sup>

#### b) Entscheidung des Gerichts

Hat der Antragsteller das Recht und die besondere Art der Gefährdung glaubhaft gemacht, also Tatsachen vorgetragen, aus denen sich diese Merkmale mit "überwiegender Wahrscheinlichkeit" ergeben <sup>5)</sup>, so wird das Gericht durch § 123 I 1

1) Finkelnburg a. a. O. Rdn. 70; Quaritsch a. a. O. S. 398

2) OVG Münster Beschl. v. 4. 11. 1970 NJW 71, 296; Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, 1967 S. 38; Quaritsch a. a. O. S. 371; Redeker-v. Oertzen § 123 Rdn. 18

3) Redeker-v. Oertzen § 123 Rdn. 18; Kübler-Speidel V Rdn. 145

4) Redeker-v. Oertzen § 123 Rdn. 18; Finkelnburg a. a. O. Rdn. 120 f

5) die überwiegende Wahrscheinlichkeit kann sich aber nur auf die Tatbestandsseite beziehen, die rechtlichen Voraussetzungen des Anspruchs bedürfen dagegen der vollen richterlichen Überzeugung. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ist bei der Beantwortung von Rechtsfragen begrifflich nicht möglich (Redeker-v. Oertzen a. a. O. ; Finkelnburg Rdn. 123 m. w. N. ); die Rechtsentscheidung ergeht dabei summarisch unter dem Vorbehalt der späteren Überprüfung im Hauptverfahren.

prozessual zur Anordnung verpflichtet. <sup>1)</sup>

aa) Streitig ist, ob das Gericht bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen die einstweilige Anordnung zu erlassen hat oder ob darüber hinaus noch eine Interessenabwägung vorzunehmen ist.

Nach der h.M. muß das Gericht auch bei Vorliegen eines Anordnungsgrundes abwägen, ob die Sicherungsanordnung auch nötig ist. <sup>2)</sup>

Für die Regelungsanordnung ist dies in § 123 Abs. 1 S. 2 ausdrücklich vorgeschrieben. Kübler-Speidel <sup>3)</sup> begründen dies Erfordernis damit, daß die Sicherungsanordnung ein Unterfall der allgemeinen Regelungsanordnung sei; Quaritsch <sup>4)</sup> weist darauf hin, daß eine Interessenabwägung unter Einbeziehung des öffentlichen Interesses notwendig sei, da anderenfalls der Behörde ein Verhalten aufgezwungen werde, das dem öffentlichen Interesse zuwiderliefe.

Der herrschenden Ansicht ist für den Fall der VAmD zuzustimmen.

Zwar ist § 123 I im Wortlaut anders als § 80 Abs. 2 Nr. 4 und Abs. 3 <sup>5)</sup>, doch muß bei der Anwendung des § 123 auf den VAmD berücksichtigt werden, daß die einstweilige Anordnung im Grunde den durch den VA Begünstigten treffen soll. Würde man lediglich aus der Gefahr der Rechtsbeeinträchtigung und erheblicher Nachteile auf die Notwendigkeit zum Erlaß einer einstweiligen Anordnung schließen und damit dem Antragsteller bei Vorliegen der Voraussetzungen einen Anspruch auf Erlaß der Anordnung geben, so würde auch im Rahmen des § 123 kein Gleichgewicht zwischen den Positionen des Belasteten und des Begünstigten hergestellt, sondern der Dritte ohne hinreichende Berücksichtigung der Interessen des Begünstigten privilegiert. Aus dem beim VAmD vorliegenden Dreiecksverhältnis - bei dem sich gerade die Interessen der durch den VA Betroffenen gegenüberstehen - folgt, daß nur eine solche Rechtsgefährdung durch eine einstweilige Anordnung abgewehrt werden kann, bei der das Interesse des Dritten an der Verhinderung der Rechtsgefährdung die gegensätzlichen

1) vgl. Redeker-v. Oertzen § 123 Rdn. 17; Kübler-Speidel V Rdn. 157; Finkelburg a. a. O. Rdn. 71

2) VGH Kassel Beschl. v. 21. 1. 1959 NJW 59, 1940; OVG Lüneburg Beschl. v. 28. 6. 1957 OVG 11, 503; VGH Kassel Beschl. v. 14. 10. 1958 VwRspr. 11, Nr. 208; Bay VGH Beschl. v. 9. 11. 1960 Bay VBL 61, 60; Eyermann-Fröhler § 123 Rdn. 7; Rambeck NJW 61, 1333  
a. A. Finkelburg a. a. O. Rdn. 71; Redeker-v. Oertzen § 123 Rdn. 17  
OVG Münster Beschl. v. 25. 2. 1964 BRS 15, 53

3) a. a. O. V Rdn. 152 vgl. aber Rdn. 146

4) a. a. O. S. 370, 371, der aber die Interessenabwägung einschränkt

5) so die Begründung von Redeker-v. Oertzen a. a. O.

privaten Interessen des Adressaten oder diejenigen der Verwaltung überwiegt. <sup>1)</sup>

bb) Liegen die Voraussetzungen des § 123 I 1 vor und ist die Sicherungsanordnung darüberhinaus "nötig", so ist das Gericht zum Erlaß der einstweiligen Anordnung verpflichtet <sup>2)</sup>, ein Ermessen steht dem Gericht nicht zu. <sup>3)</sup> Dies folgt auch aus dem Gebot eines effektiven vorläufigen Rechtsschutzes, Art. 19 Abs. 4 GG <sup>4)</sup>; liegt eine wesentliche Rechtsgefährdung vor, die eine Sicherungsanordnung notwendig macht, so gebietet die Rechtsschutzgarantie den Erlaß vorläufiger Maßnahmen ohne die Betätigung richterlichen Ermessens. Ein Ermessen steht dem Gericht kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift nur bei der Wahl der Mittel zu (Auswahlermessen); §§ 123 III VwGO, 938 ZPO.

Insbesondere im Bereich des Auswahlermessens zeigt sich, daß § 123 den gegen teiligen Interessen von Belasteten und Begünstigten gerechter wird. Das unabhängige Gericht - und nicht die Verwaltung, die den VA erlassen hat - kann direkt, ohne eine weitere Zwischenschaltung der Verwaltung wie bei § 80 Abs. 4, die zur Erreichung des Zwecks erforderliche Maßnahme treffen, wobei es die einstweilige Anordnung befristen kann. <sup>5)</sup> In Anlehnung an § 926 ZPO kann es dem

- 
- 1) so hat das OVG Münster - trotz seiner gegenteiligen Auffassung im Beschl. v. 25. 2. 1964 a. a. O. - in seinem Beschluß vom 29. 8. 1957 VRspr 10, 119 - zum Nachbarrecht - eine Abwägung zwischen den Interessen des Bauherrn und den antragstellenden Nachbarn vorgenommen. Im Gegensatz zu Quaritsch a. a. O. und Eyermann-Fröhler § 123 Rdn. 7 hat die Interessenabwägung in erster Linie die Interessen der durch den VA Betroffenen gegeneinander abzuwägen, da beim VAmDD das öffentliche Interesse zurücktritt; vgl. auch B VII 1 b; Einzelheiten der Interessenabwägung mit umfangreichen Nachweisen; vgl. Kübler-Speidel V 80 ff
  - 2) Quaritsch a. a. O. S. 217; Hess. VGH Beschl. v. 12. 7. 1966 BRS 17, 1 238; Kübler-Speidel V 157 ff; dagegen wirkt sich die Ungeklärtheit des zur Begründetheit der einstweiligen Anordnung notwendig festzustellenden Sachverhaltes zu Lasten des Antragstellers aus, da diesen die sog. Feststellungslast trifft; zum Begriff vgl. Ule, VwGO § 86 Anm. III; Quaritsch a. a. O. S. 371
  - 3) das Wort "kann" in § 123 I 1 regelt nicht diese Ermessenentscheidung, sondern nur die Zulässigkeit; ausführlich Quaritsch a. a. O. S. 217 f.
  - 4) Finkelnburg a. a. O.; Kübler-Speidel a. a. O.; Quaritsch a. a. O. weist mit Recht darauf hin, daß ein (Entschließungs) Ermessen nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen kann
  - 5) VGH Bad.-Württ. Beschl. v. 13. 2. 1958 ESVGH 8, 17, 20; Redeker-v. Oertzen § 123 Rdn. 19; Finkelnburg a. a. O. Rdn. 134 ff

Antragsteller auch von Amts wegen eine Frist zur Erhebung der Hauptsacheklage setzen. 1) Im Gegensatz zum automatisch eintretenden Suspensiveffekt, der erst mit Ablauf der Jahresfrist des § 76 VwGO entfallen kann 2), ist dem Gericht die Möglichkeit zur zeitlichen Begrenzung der Anordnung gegeben, wodurch dem Prinzip der Waffengleichheit Rechnung getragen wird.

## 2. Verfahren und Rechtsmittel

Das Gericht kann über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ohne oder nach mündlicher Verhandlung entscheiden, § 921 ZPO. Der Adressat des VA ist gem. § 65 VwGO notwendig beizuladen 3), wodurch er die Möglichkeit erhält, selbständig Anträge zu stellen.

Das Gericht entscheidet durch Beschluß 4), auch bei vorangegangener mündlicher Verhandlung. Gegen diesen Beschluß, der gem. § 122 II dem Begründungszwang unterliegt, gibt § 123 IV 1 als einziges Rechtsmittel den Antrag auf mündliche Verhandlung. Dies soll nach der herrschenden Meinung auch dann gelten, wenn bereits eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat. 5) Zur Begründung wird auf den Wortlaut des § 123 Abs. 4 verwiesen, sowie darauf, daß § 922 ZPO nicht erwähnt ist. Diese rein formale Begründung überzeugt nicht. Die Verweisung auf die entsprechend anzuwendenden §§ 924, 925 ZPO kann sich nur auf Entscheidungen beziehen, denen eine mündliche Verhandlung nicht vorausging. Das nach diesen Vorschriften vorgesehene Widerspruchsverfahren findet gerade im Hinblick auf § 922 Abs. 1 ZPO nur bei Arresten oder einstweiligen

- 1) VGH Kassel Beschl. v. 26. 7. 1956 ES VGH 5, 226, 228 Finkelburg a. a. O. Rdn. 166 ff m. w. N.
- 2) BVerwG Beschl. v. 13. 12. 1967 BVerwGE 28, 305 mit Anm. Reigl NJW 68, 1491; Rother DÖV 70, 660 m. w. N.; dies gilt auch, wenn die aufschiebende Wirkung vom Gericht angeordnet oder wiederhergestellt worden ist, so VGH Bad.-Württ. Beschl. v. 10. 11. 1969 DÖV 70, 684; Eyermann-Fröhler § 80 Rdn. 7 a
- 3) Finkelburg a. a. O. Rdn. 117; vgl. auch B III
- 4) BVerwG Urte. v. 27. 6. 1968 BVerwGE 30, 91 = DÖV 68, 810; OVG Hamburg Beschl. v. 14. 4. 1964 DÖV 64, 564; de Clerck NJW 70, 22; VGH München Urte. v. 3. 3. 1971 NJW 71, 1378 unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früheren Auffassung Urte. v. 28. 2. 1966 NJW 66, 751; Finkelburg a. a. O. Rdn. 133 m. w. N. Redeker-v. Oertzen § 123 Rdn. 20; Eyermann-Fröhler § 123 Rdn. 21
- 5) Hess. VGH Beschl. v. 9. 7. 1969 ESVGH 20, 151; BayVGH Beschl. v. 22. 12. 1965 BayVGHE 18 I, 103; OVG Hamburg Beschl. v. 14. 4. 1964 a. a. O.; BVerwG Urte. v. 27. 6. 1968 a. a. O.; Finkelburg a. a. O. Rdn. 132, 153 ff

Verfügungen statt, die ohne mündliche Verhandlung ergehen. <sup>1)</sup> Überträgt man diese Voraussetzung auf § 123 Abs. 4, so ergibt der Hinweis auf §§ 924, 925 ZPO lediglich eine Einschränkung des § 146 VwGO für den Fall, daß eine mündliche Verhandlung nicht erfolgte. Dieses Ergebnis entspricht der Prozeßökonomie, der die Prozeßordnungen auch gerecht werden müssen. <sup>2)</sup> Gerade in dem als Eilverfahren ausgestalteten § 123 würde eine nochmalige mündliche Verhandlung vor Anrufung der nächsten Instanz zu einer nicht gerechtfertigten Verzögerung führen. <sup>3)</sup> Gerade beim VAmD - bei dem sich im Ergebnis nur die Interessen der durch den VA Betroffenen gegenüberstehen - soll eine schnelle vorläufige Regelung gefunden werden, die, da das beeinträchtigte Recht des Antragstellers durch das Gericht festgestellt werden muß, auch der Endentscheidung in der Hauptsache entspricht. Als sinnvoller Weg ergibt sich daher nur eine restriktive Auslegung des § 123 Abs. 4, so daß die Verweisung auf §§ 924, 925 ZPO nur für die Fälle gilt, in denen keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat. <sup>4)</sup>

Da durch die Beschwerde die Vollziehung der einstweiligen Anordnung nicht gehemmt wird, § 149 Abs. 1 S. 1 VwGO, steht diese Auffassung auch dem wirksamen und raschen Rechtsschutz des Antragstellers nicht entgegen.

3. Der Vorzug der Anwendung des § 123 auf den vorläufigen Rechtsschutz bei VAmD zeigt sich auch bei der Vollstreckbarkeit. Die einstweilige Anordnung ist - im Gegensatz zur Entscheidung des Gerichts nach § 80 Abs. 5 <sup>5)</sup> - gem. § 168 Abs. 1 S. 2 Vollstreckungstitel. Dadurch ist dem Antragsteller die Möglichkeit gegeben, zumindest vorläufig, eine Beeinträchtigung seiner Rechte zu verhindern. Gem. § 172 kann er die Behörde auch mit Zwangsmitteln dazu anhalten, die Sicherung seiner Rechte entsprechend der Anordnung durchzuführen. <sup>6)</sup> Der Begünstigte wird einerseits dadurch geschützt, daß die Anordnung befristet werden kann <sup>7)</sup>, zum anderen durch die gem. §§ 123 III VwGO, 929 II ZPO vorgese-

---

1) darauf weist mit Recht de Clerck NJW 70, 22 hin

2) vgl. auch Redeker-v. Oertzen § 123 Rdn. 20

3) Redeker-v. Oertzen § 123 Rdn. 20 "ein Unding"

4) im Ergebnis auch OVG Berlin Urte. v. 22. 9. 1960 AS 6, 153; Redeker-v. Oertzen a. a. O.; Rambeck NJW 61, 1333; de Clerck a. a. O.

5) vgl. C II 4 c, ee

6) vgl. im einzelnen Finkelnburg a. a. O. Rdn. 182 ff m. w. N.

7) mit Recht weist Finkelnburg a. a. O. Rdn. 170 darauf hin, daß die Gerichte von dieser Möglichkeit mehr Gebrauch machen sollten. Insbesondere bei Nachbarklagen kann ein längerer Baustopp für den Bauherrn zu unzumutbaren Belastungen führen, so daß der Nachbar mit Hilfe der Befristung zu einer schnellen Erhebung der Klage zur Hauptsache gezwungen wird

hene Frist zur Vollstreckung.

Darüber hinaus bietet die Anwendung des § 926 ZPO dem Beigeladenen <sup>1)</sup> die Möglichkeit, durch das Fristsetzungsverfahren den Antragsteller in das Hauptverfahren zu zwingen. Anders als bei § 80 kann hier der Beigeladene das Gericht zu einer Befristung der einstweiligen Anordnung veranlassen, wobei es dann dem Antragsteller überlassen bleibt, seine Rechte weiter zu verfolgen.

Bei § 80 tritt der Suspensiveffekt automatisch ein; er kann vom Begünstigten nur durch einen Antrag an die Behörde auf Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 beseitigt werden, auf dessen Erlaß der Begünstigte jedoch keinen Anspruch hat. <sup>2)</sup> Ordnet die Behörde die sofortige Vollziehung nicht an, so bleibt dem Begünstigten nach der herrschenden Meinung nur der Weg über die entsprechende Anwendung des § 80 Abs. 5 <sup>3)</sup>, d. h. das Gericht kann die sofortige Vollziehung anordnen. Dagegen kann der Belastete dann Beschwerde gem. § 80 Abs. 6 einlegen. <sup>4)</sup>

Durch dieses System hat der Begünstigte jedoch keine Möglichkeit, eine schnelle Entscheidung in der Hauptsache herbeizuführen. Wird die sofortige Vollziehung abgelehnt, so muß der Begünstigte die Anfechtungsfrist des Widerspruchsbescheides abwarten, da erst dann die aufschiebende Wirkung endet. Er ist damit dem Belasteten ausgeliefert; er kann keinen Einfluß auf die Klärung der Streitfrage nehmen, obwohl in Wahrheit seine Rechtsposition wieder geschmälert werden soll.

Daß dieses System dem Prinzip der Waffengleichheit widerspricht, wurde bereits dargelegt. <sup>5)</sup> Im Verfahren nach § 123 sind dagegen die beiderseitigen prozessualen Möglichkeiten ausgewogen.

Der Antragsteller muß den Sachverhalt, der eine Anordnung nach § 123 I 1 stützen soll, glaubhaft machen. Er trägt die Feststellungslast. Der Begünstigte, der notwendig beizuladen ist, kann durch seine Anträge auf eine beschleunigte Klärung im Hauptsacheverfahren hinwirken. Durch diese Möglichkeiten der Einflußnahme auf die Entscheidung der Streitfrage bleiben die Angriffs- und Verteidigungsmittel des Begünstigten und Belasteten sowie der Behörde in einem Gleich-

- 
- 1) zur Antragsbefugnis des Nebenintervenienten vgl. OLG Düsseldorf Beschl. v. 31. 7. 1957 NJW 58, 794 mit Anm. Lent
  - 2) Finkelnburg a. a. O. Rdn. 347; Eyermann-Fröhler § 80 Rdn. 28; vgl. auch C II 4 c, aa m. w. N.
  - 3) BVerwG Beschl. v. 21. 10. 1968 NJW 69, 202; Schenke DÖV 69, 332 u. NJW 70, 270; Finkelnburg a. a. O. Rdn. 347; vgl. auch hier C II 4 c
  - 4) BVerwG a. a. O.; Finkelnburg a. a. O., hier C II 4 c, cc
  - 5) vgl. oben C II 5

gewicht, eine Privilegierung der einen Seite wie beim Verfahren nach § 80 findet ebensowenig statt wie eine Schmälerung der Rechtsschutzmöglichkeiten der Beteiligten, so daß § 123 als der einzige Weg des vorläufigen Rechtsschutzes gegen VAmD anzuwenden ist.<sup>1)</sup>

#### IV. Schadenersatzansprüche

##### 1. Schadenersatzansprüche des Belasteten

Wird auf die Klage des Belasteten der VA aufgehoben, so fragt sich, ob er Ansprüche auf Ersatz des ihm durch den rechtswidrigen VA und deren Ausnützung durch den Begünstigten entstandenen Schaden geltend machen kann.<sup>2)</sup>

Als Anspruchsgrundlage kommt der Amtshaftungsanspruch gem. § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG in Betracht, der sich gegen den Hoheitsträger richtet. Steht dem Dritten ein subjektives-öffentliches Recht zu, so enthält dieses Recht ein entsprechendes Gebot an die Verwaltung, das eine öffentlich-rechtliche Rechtspflicht des Amtswalters darstellt.<sup>3)</sup>

Damit ist der Belastete auch Dritter im Sinne des § 839 BGB, denn der VAmD greift per definitionem in seine Rechte ein.<sup>4)</sup>

Als weitere Voraussetzungen müssen das Verschulden des Amtswalters<sup>5)</sup> sowie das Fehlen anderweitiger Ersatzmöglichkeiten hinzukommen.<sup>6)</sup>

Neben dem Anspruch aus § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG kann der Belastete zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch gegen den Begünstigten aus §§ 823 und 826 BGB haben, wobei jedoch die Schwierigkeit im Nachweis des Ver-

---

1) vgl. die Rspr. - und Literaturnachweise oben C II 5 b

2) vor allem bei dem VAmD im Wirtschafts- und Berufszulassungsrecht kann dem Belasteten ein größerer Schaden entstehen, man denke nur an Verdienstausschlag beim bereits zugelassenen Linienunternehmer oder im Subventionsrecht an den kaum noch wiedergutzumachenden Wettbewerbsvorsprung des Begünstigten.

3) Bender, Staatshaftungsrecht, Rdn. 188 ff m. w. N.; Bender-Dohle a. a. O. Rdn. 424 ff; Laubinger a. a. O. S. 139 ff

4) der Kreis der Dritten ist von der Rechtsprechung weit gezogen worden; vgl. ausführlicher Palandt-Gramm § 839 Anm. 5 B a; Bender a. a. O. Rdn. 206 ff vgl. dazu ausführlich Bender a. a. O. Rdn. 247 ff m. w. N.

6) Bender a. a. O. Rdn. 210 ff m. w. N.

schuldens des Begünstigten liegt, wenn dieser von einem rechtswidrigen VA Gebrauch macht.<sup>1)</sup>

## 2. Schadenersatzansprüche des Begünstigten

a) Auch dem Begünstigten stehen Schadenersatzmöglichkeiten gem. §§ 823, 826 BGB offen.<sup>2)</sup>

Der Erfolg einer derartigen zivilrechtlichen Klage wird in der Regel aber dadurch eingeschränkt, daß Schäden, die durch Klageerhebung des Dritten entstehen, grundsätzlich nicht rechtswidrig sind, da der Dritte nur von der durch Art. 19 Abs. 4 GG garantierten Klagemöglichkeit Gebrauch macht.<sup>3)</sup>

b) Streitig ist dagegen, ob im Rahmen einer einstweiligen Anordnung dem Begünstigten ein Ersatzanspruch aus § 123 VwGO in Verbindung mit § 945 ZPO zusteht.<sup>4)</sup>

Der BGH<sup>5)</sup> hat eine analoge Anwendung des § 945 ZPO mit Ausdehnung auf den Schutz des Begünstigten ausnahmslos abgelehnt mit der Begründung, der Begünstigte sei nicht "Gegner", sondern lediglich Beigeladener.<sup>6)</sup> Auf diese Argumentation wurde bereits eingegangen, ihr kann nicht gefolgt werden, da sie den Besonderheiten der Klage gegen einen VAmD nicht gerecht wird. Mit der Beiladung muß der Antragsteller rechnen, da es sich beim VAmD um einen Fall der notwendigen Beiladung handelt.<sup>7)</sup> Die tatsächliche Beeinträchtigung durch die Ausnutzung des VA geht vom Begünstigten aus, gegen den sich letztlich die Ab-

1) vgl. auch Laubinger a. a. O. S. 141; Timmermann a. a. O. S. 217 f

2) Sellmann DVBL 63, 283; Kübler-Speidel I Rdn. 105 f; Laubinger a. a. O. S. 128 ff

3) BGH Urt. v. 7. 3. 1956 NJW 56, 787; Kübler-Speidel I Rdn. 107; anderes kann sich nur für den seltenen Fall der Schikane und des Rechtsmißbrauches ergeben

4) vemeinend: BGH Urt. v. 7. 11. 1961 DVBL 62, 217 = MDR 62, 125; Laubinger a. a. O. S. 133 ff; Bender NJW 66, 1994 Fußn. 34; Sellmann DVBL 63, 283; Finkelnburg a. a. O. Rdn. 193; Bender-Dohle a. a. O. Rdn. 130; bejahend: Redeker DVBL 62, 220; Bettermann JZ 60, 336 Fußn. 6; Klinger § 123 Anm. D 1; Redeker-v. Oertzen § 123 Rdn. 35; Schunck-de Clerck § 123 Anm. 5a; Timmermann a. a. O. S. 208 f; Kürzel ZMR 65, 226

5) Urt. v. 7. 11. 1961 a. a. O.

6) dazu vgl. oben C II 5 a, aa

7) vgl. oben B III 1; dies erkennt Laubinger a. a. O. S. 134; vgl. auch Timmermann a. a. O. S. 209

wehrmaßnahme des Dritten richtet. Wegen der Doppelwirkung des VA trifft ihn auch die Aufhebung des VA unmittelbar, er allein trägt auch den Schaden einer unbegründeten Klage des Dritten, damit ist auch der Begünstigte letztlich Verfahrensgegner. <sup>1)</sup> Der Rechtsgedanke des § 945 ZPO, wonach derjenige, der einen Anspruch schon während des Hauptprozesses in einem summarischen Verfahren vorläufig sicherstellen will, auch das Risiko der Schadenersatzpflicht im Falle des Unterliegens tragen soll <sup>2)</sup>, muß auch im Rahmen der Interessenlage Begünstigter - Dritter zur Geltung kommen. Auf die formale Betrachtung des "Gegners" im rein verfahrensrechtlichen Sinne kann es bei dieser Interessenlage nicht ankommen. Dem Begünstigten steht damit analog § 123 III VwGO in Verbindung mit § 945 ZPO ein Schadenersatzanspruch gegen den Antragsteller der einstweiligen Anordnung zu, wenn diese sich als von Anfang an ungerechtfertigt erweist oder die einstweilige Anordnung aufgrund des § 926 II ZPO aufgehoben wird. <sup>3)</sup>

- 
- 1) Redeker a. a. O.; auch Taegen, Schl. H. Anz. 70, 213/214; Timmermann a. a. O.
  - 2) Kürzel a. a. O. S. 228; dieser Rechtsgedanke liegt auch den §§ 302 Abs. 4; 600 Abs. 2. 717 Abs. 2 ZPO zugrunde
  - 3) zum Umfang des Schadenersatzanspruches vgl. Finkelburg a. a. O. Rdn. 194 ff; Baumbach-Lauterbach § 945 ZPO Anm. 4 B; Rosenberg § 213 IV 2; jeweils m. w. N.

#### D. ZUSAMMENFASSENDES ERGEBNIS:

1. Der gerichtliche Rechtsschutz gegen einen VAmD erfolgt durch die Anfechtungsklage, wobei der Begünstigte gem. § 65 II VwGO notwendig beizuladen ist.
  
2. Als Prozeßvoraussetzung muß der Kläger die Verletzung eigener Rechte geltend machen. Dies erfordert einen substantiierten Sachvortrag, in dem die Verletzung eines Individualrechts behauptet wird, die Zuordnung dieses Rechts zur Rechtssphäre des Klägers sowie die Verletzung des Rechts müssen möglich erscheinen.
  
3. Dem Dritten steht ein subjektives-öffentliches Recht zu, wenn die Zweckbestimmung des Rechtssatzes dem Schutz seiner Individualinteressen dient. Die Zweckbestimmung kann vom Gesetzgeber gewollt sein oder sich aus den verfassungsrechtlichen Schutzvorschriften auch gegen den Willen des Gesetzgebers ergeben.
  
4. Die Klage ist begründet, wenn das Recht des Klägers verletzt ist und diese Verletzung rechtswidrig war. Auf eine unzumutbare oder tatsächliche Beeinträchtigung kommt es nur im Rahmen der Beachtung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes des Begünstigten an.
  
5. Dem Dritten steht bei Aufhebung des VA ein (Vollzugs)-Folgenbeseitigungsanspruch zu, wobei die Folgenbeseitigungspflicht im Rahmen einer vorzunehmenden Abwägung der Interessen von Dritten - Begünstigten - Behörde im Einzelfall entfallen kann.
  
6. Der vorläufige Rechtsschutz gegen einen VAmD erfolgt über § 123 VwGO. Die Anwendung des § 80 VwGO verstößt wegen der unterschiedlichen prozessualen Belastung von Dritten und Begünstigten gegen das Prinzip der Waffengleichheit (Art. 3 GG).

7. Erweist sich die von Dritten erwirkte einstweilige Anordnung als von Anfang an ungerechtfertigt oder wird sie nach § 926 II ZPO aufgehoben, hat der Begünstigte analog § 123 III VwGO in Verbindung mit § 945 ZPO einen Schadensersatzanspruch gegen den Antragsteller.

# Literaturverzeichnis

(Die verwendeten Abkürzungen folgen im wesentlichen Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Berlin 1957 oder ergeben sich aus den in Klammern beigefügten Stichworten)

- Amberg, Manfred: Der verwaltungsgerichtliche Schutz des Nachbarn gegenüber bereits genehmigten privaten Bauvorhaben, Dissertation München 1966
- Bach, Heinz: Schadenersatz bei einstweiligen Anordnungen im Baurecht BuG 1958, 249
- Bachof, Otto: Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 287 - 307
- : Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 2. Aufl. Tübingen 1968
  - : Die Rechtsprechung des BVerwG Bd. 13-19, Abschnitt B X, JZ 1966, 473 ff
  - : Anmerkung zu Urteil BVerwG vom 18. 8. 1960 - I c 42/59 = DVBL 61, 125 in DVBL 61, S. 128 ff
- Bähr, Peter: Die maßgebliche Rechts- und Sachlage für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten - 1967
- Bartlsperger, Richard: Anmerkung zu Urteil BVerwG vom 21. 10. 1968 = DVBL 69, 263 ff in DVBL 69, 265 - 267
- : Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts - Verw. Arch. Bd. 60 (1969), 35 - 63
  - : Subjektives öffentliches Recht und störungspräventive Baunachbarklage - DVBL 1971, 723 - 732
- Baumbach, Adolf - Lauterbach, Wolfgang: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen - 30. Auflage, München, 1971
- Baur, Fritz: Studien zum einstweiligen Rechtsschutz - Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlung Bd. 20 - Tübingen 1967
- Bender, Bernd: Aktuelles zur Problematik des gerichtlichen Nachbarschutzes im Baurecht - NJW 1966, 1989 - 1996
- : Staatshaftungsrecht - Karlsruhe 1971

- Bender, Bernd - Dohle, Rolf: Nachbarschutz im Zivil- und Verwaltungsrecht  
Heft 13 Schriftenreihe der NJW, München, 1972
- Bernhardt, Rudolf: Zur Anfechtung von VA durch Dritte - JZ 1963, 302 - 308
- Bettermann, Karl-August: Die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren  
DVBL 1951, 39 ff und 72 ff
- : Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in  
Bettermann/Nipperdey/Scheuner "Die Grundrechte" Bd. III 2. Halbbd.  
Berlin 1959 (zit. Grundrechte) S. 779 ff
  - : Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung  
NJW 1960, 649 - 657
  - : Gewerbliche Nachbarklage? NJW 1961, 1097 - 1099 - Anmerkung zu  
BVerwG vom 13. 1. 1961 = NJW 1961, 1129
  - : Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozeß, in Staats-  
bürger und Staatsgewalt II, 1963, S. 449 ff - zitiert: Klagebefugnis
  - : Die Legitimation zur verwaltungsgerichtlichen Anfechtung in Festschrift  
für Hans Schima 1969, S. 71 ff
  - : Formen der gerichtlichen Anfechtung verwaltungsbehördlicher Entschei-  
dungen in Festschrift für Eduard Bötticher, Berlin 1969 S. 13 - 41
  - : Die Beschwer als Klagevoraussetzung in Recht und Staat Heft 386/387  
Tübingen 1970 - zitiert: Bettermann, Beschwer
  - : Vorbeugender Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit  
10 Jahre Verwaltungsgerichtsordnung Schriftenreihe der Hochschule  
Speyer Bd. 45 1970, S. 185 - 202
- Bichler, Hans Wolfgang: Die notwendige Beiladung - Dissertation  
Frankfurt 1966
- Blomeyer, Arwed: Zivilprozeßrecht - Berlin/Göttingen/Heidelberg 1963
- Bötticher, Eduard: Die Gleichheit vor dem Richter - Hamburger Universitäts-  
reden, Hamburg 1954
- Bonk, Heinz: Aufschiebende Wirkung der Rechtsmittel gegen belastende VA  
einschließlich der rechtsgestaltenden und feststellenden VA  
(§ 80 Abs. 1 VwGO) - Schlesw. Holst. -Anz. 1970, 209 - 211
- Braun, Hans: Nachbarrechte im neuen Bauplanungsrecht - Bad. -Württ. VBL 1963,  
113

- Bräutigam, Horst: Verwaltungsrechtsweg und Klagearten DÖV 1960, 364 - 368
- Brohm, Winfried: Rechtsschutz im Bauplanungsrecht - 1959, Stuttgart
- Bruns, Rudolf: Zivilprozeßrecht - Berlin/Frankfurt 1968
- Bühler, Ottmar: Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek  
München, 1955, S. 269 - 286
- : Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung - Berlin - Stuttgart - Leipzig 1914
- Clasen, Heinrich: Die Rechtslage bei ungenehmigten Bauten - NJW 1959, 752 - 755
- : Welche Rechtsvorschriften kommen für den vorläufigen Rechtsschutz gegen Baumaßnahmen des Nachbarn zur Anwendung? - BtGBW 1968, 164 - 165
- de Clerck, Hans: Einstweilige Anordnung im Verwaltungsgerichtsverfahren - NJW 1956, 1337 - 1340
- : Aufschiebende Wirkung der Anfechtung von VA - NJW 1961, 2233 - 2237
- : Vorläufiger Rechtsschutz Dritter gegen begünstigende VA - DÖV 1964, 152 - 154
- Czermak, Fritz: Rechtsfolgen behördlicher Verfahrensfehler im gerichtlichen Vollziehungsaussetzungsverfahren - DÖV 1962, 816 f - zugl. Bespr. Beschl. OVG Lüneburg vom 27. 2. 1962 DVBL 62, 344
- : Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nach der VwGO - NJW 1962, 776 - 778
- : Beurteilungszeitpunkt bei der Anfechtungsklage - NJW 67, 1263
- Dähmhardt, Ernst-Harald: Die Strafbarkeit des Fahrens ohne Fahrerlaubnis während der Dauer des Suspensiveffektes, wenn die Anfechtungsklage gegen Entziehung der Fahrerlaubnis später rechtskräftig abgewiesen wird. - Schlesw. Holst. Anz. 1970, 220
- Daumann, Klaus-Dietrich: Der Suspensiveffekt des § 80 VwGO als Vollzugs- oder Wirkungshemmung, Dissertation Berlin 1964
- Dellian, Ed: Gewässereigentum und Gewässerbenutzung - NJW 1967, 520-524
- : Nachbarschutz im Wasserrecht - Bay. VBL 1966, 337 - 340

- Dellian, Ed: Der Rechtsanspruch auf wasserrechtliche Erlaubnis - DVBL 1969, 303 - 306
- Demme, Helmut: Die nachbarlichen Schutzvorschriften im Gaststättenrecht - DVBL 1967, 758 - 762
- Die Stellung des Gaststätten-Nachbarn im Prozeß - Gewerbearchiv 1970, 145 - 151
- Dörffler, Wolfgang: Verwaltungsakte mit Drittwirkung - NJW 1963, 14 - 19
- Dütz, Wilhelm: Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht - Bad Homburg/Berlin/Zürich 1970
- Eggers, Jan: Die einstweilige Verfügung der Zivilgerichte, insbesondere die Frage, ob § 945 ZPO auch dann anwendbar ist, wenn sich der Suspensiv-effekt im verwaltungsgerichtlichen Verfahren später als ungerechtfertigt erweist - Schl. Holst. Anz. 1970, 221 - 222
- Engelhard, Hanns: Anfechtungsklage - Vornahmeklage - NJW 1956, 1377-1379
- Zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß - JZ 1961, 588 - 593
- Erichsen, Hans-Uwe: Baudispens und Übermaßverbot - DVBL 1967, 269
- Anmerkung zum Urteil BVerwG vom 25. 8. 1971 in HRRVwR 1972 C'8
- Anmerkung zum Beschluß OVG Lüneburg vom 7. 11. 1969 = NJW 70, 963 in HRRVwR 1971 F 8 (D 2)
- Eming, Adolf: Der Widerruf begünstigender mangelhafter VA mit Doppelwirkung - DVBL 1960, 467 - 470
- Ernst - Zinkhahn - Bielenberg: Bundesbaugesetz - Kommentar, München Bd. I Stand: 1. 9. 1972
- Evers, Hans-Ulrich: Die Nachbarklage im Baurecht- Jus 1962, 87 - 93
- Eyermann, (Erich) - Fröhler (Ludwig): Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar 5. Aufl. München 1971
- Fickert, Hans-Carl: Bauvorhaben - Baunutzung - Baunachbarrecht - Köln 1962
- Finkelburg, Klaus: Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren - Schriftenreihe der NJW Heft 12 München 1973
- Fischer, Klaus: Die öffentliche - rechtliche Nachbarklage - Dissertation Köln 1965

Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts - 8. Aufl.  
Tübingen 1928

Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts I. Bd. Allgemeiner Teil  
9. Aufl. München, Berlin 1966

Friauf, Karl-Heinrich: Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Problematik  
des Subventionswesens - DVBL 1966, 729 - 738

-: Der Rechtsschutz des sog. Dritten in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung - Juristische Analysen 1969 öffentliches Recht Heft 1, S. 3 - 21 - 1970 öffentliches Recht Heft 2, S. 44

-: Anmerkung zu Urteil BVerwG vom 30. 8. 1968 und vom 25. 10. 1968 - DVBL 1969, 365 in DVBL 1969, 368 - 372

Friesenhahn, Ernst: Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz - DV 1949, 478 - 485

Fromm, Günter: Hat die Anfechtungsklage des Nachbarn gegen die Bauerlaubnis aufschiebende Wirkung? - BB 1962, 985 - 986

-: Die einstweilige Erlaubnis im Personenbeförderungsrecht - DVBL 1962, 801 - 804

-: Anmerkung zu OVG Lüneburg Beschluß vom 12. 12. 1962 - DVBL 63, 335 - in DVBL 1963, 564 f

-: Verwaltungsakt mit Doppelwirkung - Verw. Arch. Bd. 56 (1965), 26 - 60

-: Neuere Rechtsprechung zum Verwaltungsakt mit Doppelwirkung - Der Städtetag 1966, 637 - 640

-: Zum Suspensiveffekt bei der Nachbarklage und in vergleichbaren Fällen DVBL 1966, 241 - 247

Gehrmann, Werner: Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zur Stellung des Nachbarn im Baugenehmigungsverfahren - B1GBW 1962, 133 ff; 153 ff; 253 ff; 280 ff

Gelzer, Konrad: Die Klage des Nachbarn wegen störender Bauvorhaben im öffentlichen Recht - NJW 58, 325 - 327

-: Zweifelsfragen zur Nachbarklage im öffentlichen Recht - NJW 1959, 1905 - 1907

-: Zur öffentlichen - rechtlichen Nachbarklage - DÖV 1965, 793 - 795

Gelzer, Konrad: Die Nachbarklage - BBauBl 1966, 254 - 269

- : Der vorläufige Rechtsschutz eines Dritten und des Begünstigten im Bau-recht - NJW 1970, 1352 - 1357
- : Der vorläufige Rechtsschutz eines Dritten und des Begünstigten bei bau-rechtlichen Verwaltungsakten mit Drittwirkung in Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 45, 1970 S. 203 - 221 - 10 Jahre Verwaltungs-gerichtsordnung (zitiert Gelzer 10 J. VwGO)

Gieseke, Paul - Wiedemann, Werner: Wasserhaushaltsgesetz, München/Berlin 1963

Groebe, Klaus: Vollzugsunfähige Verwaltungsakte? DÖV 1957, 233 - 236

Grunsky, Wolfgang: Grundlagen des Verfahrensrechts - Bielefeld 1970

Guthardt, Harald: Der Anspruch auf Anordnung der sofortigen Vollziehung eines VA mit Drittwirkung - DVBL 1972, 567 - 571

Haas, Diether: System der öffentlich - rechtlichen Entschädigungspflichten - Karlsruhe 1955

Hamann, Andreas: Zur Problematik des Subventionsrechts - DVBL 1963, 486 - 493

Haueisen, Fritz: Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen - NJW 1964, 2037 - 2041

-: Anfechtbarkeit und Bestandskraft von VA mit mehreren Betroffenen - NJW 1966, 2340 - 2342

-: Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte - NJW 1954, 1425

Heintze, Reinhard: Der vorläufige Rechtsschutz Dritter gegenüber genehmigen-den VA - NJW 1963, 1430 - 1436

Heise, Detlef: Verpflichtungsklage und rechtsverschärfende Änderung der Rechtslage im Baurecht - DÖV 1972, 271 - 273

Henke, Wilhelm: Das subjektive öffentliche Recht - Tübingen 1968

Hoffmann, Heinrich: Die Rechtsschutzbehauptung im Verwaltungsprozeß - Verw. Arch. 53 (1962), 297 - 332

Hoffmann, Michael: Der Abwehranspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte - Berlin 1969

- Hoppe, Werner: Nachbarklage - Plangewährleistungsanspruch - Planbefolungsanspruch, DVBL 1969, 246 - 249
- : Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen  
Schriftenreihe der NJW Heft 8, 1971 München
- Huber, Ernst-Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht 2. Auflage Bd. I 1953,  
Bd. II 1954 Tübingen 1954
- Huber, Otmar: Begründungszwang bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung,  
Bay VBL 1967, 56 - 57
- Hübschmann - Hupp - Spitaler: Kommentar zur Reichsabgabenordnung, Finanzgerichtsordnung und den Nebengesetzen (Loseblatt) Bd. V (FGO), erläutert von Hugo von Wallis und Heinrich List, Köln, Stand 1970
- Imboden, Max: Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung 1954
- Janicke, Hubertus: Die Erteilung privatrechtsgestaltender behördlicher Genehmigungen nach unanfechtbarer Versagung - NJW 1963, 838 - 842
- Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht - 3. Aufl. Berlin 1931 (zit.: Lehrbuch)
- Jung, Hans: Die Vollzugsfähigkeit behördlicher Erlaubnisse - NJW 1961,  
159 - 160
- Kammer: Ist die Aussetzung der Vollziehung des Widerrufs eines Beamtenverhältnisses zulässig? - DVBL 1950, 589
- Kellner, Hugo: Zur technischen Bewältigung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel - Juristen-Jahrbuch Bd. 5 1964/65 S. 93 - 120
- : Zum gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis  
DÖV 1963, 418 - 429
- Kemnade, Gerhard: Der Rechtsschutz des Nachbarn im Baurecht - Göttingen 1965
- Kern, Hermann: Die Schutzfunktion der Verwaltung; die materiell-rechtliche Konstruktion subjektiver-öffentlicher Rechte - Juristische Dissertation (Würzburg) 1971
- Kersten, J.: Die Baugenehmigung als nachbarbezogener VA - Bay VBL 1961,  
233 - 237
- Klein, Friedrich: Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes - Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, VVdSt, Heft 8, 1950, 67 - 125

- Klinger, Hans: Kommentar zur VwGO 2. Auflage 1964, Göttingen
- Koehler, Alexander: Verwaltungsgerichtsordnung Berlin und Frankfurt 1960
- Koenig, Kurt: Kann der durch eine Baugenehmigung in seinen Rechten betroffene Nachbar eine einstweilige Anordnung auf Einstellung des Baues nach § 123 VwGO erreichen? - (SKV) 1963, 42 - 45
- Körner, Gerhard: Die Zulassung des vorzeitigen Baubeginns - Bay VBL 1959, 47 - 49
- Kopf, Hans-Christian: Der vorläufige Rechtsschutz bei der baurechtlichen Nachbarklage - Dissertation München 1967
- Kopp, Ferdinand: Vorläufiger Rechtsschutz gegen Anlagen nach § 16 der Gewerbeordnung - Gew. Arch. 1966, 247 - 249
- : Beschwerderecht gegen die Aussetzung der Vollziehung eines VA? Bay VBL 1966, 380/381
- : Die sofortige Vollziehbarkeit von Verwaltungsakten - DÖV 1973, 86-88
- von Krauss: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1955
- Kübler, Hartmut und Speidel, Reiner: Handbuch des Baunachbarrechts Stuttgart - München - Hannover 1970
- Kürzel, Otto: Ausnahme und Befreiung vom Baurecht - ZMR 65, 226
- Lamberg, Gisbert: Der Widerspruch des Nachbarn im Baurecht, NJW 1963, 2154 f
- Landmann - Rohmer - Eyermann - Fröhler: Kommentar zur Gewerbeordnung 12. Auflage 1969 München / Berlin
- Laubinger, Hans-Werner: Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung - Göttingen 1967 - Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien Bd. 65
- Liebermann, Eduard: Die Jahrestagung 1965 der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten für das Bundesgebiet - DVBL 1966, 171 - 174
- Löwer, Kurt: Suspensiveffekt und Vollzugsanordnung - DÖV 1965, 829 - 836
- : Zum Inhalt und zur Vollstreckbarkeit verwaltungsgerichtlicher Beschlüsse nach § 80 Abs. 5 Satz 1 und 3 VwGO - DVBL 1966, 251 - 257
- Lüke, Gerhard: Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß - AöR Bd. 84 (1959), 185 - 226

Lutz, Johannes: Die Rechtsstellung des Nachbarn im Baurecht - DWW 1967, 152 - 156

Mang, Johann: Befristung des Widerspruches nach § 58 Abs. 2 VwGO - zugleich Anmerkung zum Urteil Bay VGH vom 17. 4. 1964 Bay VBL 64, 214 in Bay VBL 64, 396 ff

Mangels, Gerd: Die Aufhebung des rechtswidrigen Vollzugs angefochtener VA NJW 1961, 351 - 353

von Mangoldt, Hermann - Klein, Friedrich: Das Bonner Grundgesetz - 2. Aufl. 1966 - Bd. I Berlin/Frankfurt

Martens, Joachim: Streitgenossenschaft und Beiladung - Verw. Arch. Bd. 60 (1969) S. 197 ff und 356 ff

-: Zur Begriffsbestimmung des Verwaltungsaktes - DVBL 1968, 322 - 330

Maunz, Theodor - Dürig, Günther: Grundgesetz, Kommentar, (Loseblatt) München / Berlin, seit 1958

Meisner, Christian - Stern, Heinrich - Hodes, Fritz: Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und in West-Berlin - 5. Aufl. Berlin 1970

Menger, Christian-Friedrich: Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz in Recht und Staat Heft 173 Tübingen 1953  
(zit.: Menger, Begriff)

-: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes - Tübingen 1954  
(zit.: Menger, System)

-: Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit - DÖV 1955, 587 ff

-: Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bettermann/Nipperdey/Scheuner "Die Grundrechte", Bd. III, 2. Halbband, Berlin 1959, S. 717 ff (zit.: Menger, Grundrechte)

-: Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht ab Verw. Arch. Bd. 48 (1957), 166

-: Allgemeine Prozeßrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, Herausgegeben von Külz und Naumann, Karlsruhe, 1963 Bd. II S. 427 ff (zit.: Menger, Jubiläumsschrift)

- Menger, Christian-Friedrich - Erichsen, Hans-Uwe: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht - ab Verw. Arch., Bd. 56 (1965), 278
- Meyer, Klaus: Die Rechtsprechung des OVG Lüneburg zum Baurecht - DWW 1960, 30 - 34
- : Der Nachbar im öffentlichen Baurecht - DWW 1962, 133 - 139
- Meyer, Manfred: Prozeßrechtliche Probleme der Nachbarklage nach Bundesrecht - Dissertation München 1967
- Müller, Horst-Joachim: Zum enteignungsrechtlichen Bestandsschutz subjektiver öffentlicher Nachbarrechte des Baurechts - NJW 71, 81-84; 913 ff
- von Münch, Ingo (Herausgeber): Besonderes Verwaltungsgericht - 2. Aufl. - Bad Homburg - Berlin - Zürich, 1970
- von Mutius, Albert: Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung - Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 101, Berlin, 1969 (zitiert v. Mutius, Widerspruch)
- : Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht - Köln/Berlin/Bonn/München 1971/1972
- : Anmerkung zum Urteil BVerfG vom 18. 7. 1972 BVerfGE 33, 303 in Verw. Arch. Bd. 64 (1973), 183 ff
- Naumann, Richard: Streitigkeiten des öffentlichen Rechts in Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum 100-jährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit Bd. II 1963, Karlsruhe S. 365 - 385
- : Klagebefugnis von Verbänden im Verwaltungsprozeß - DÖV 71, 378
- Obermayer, Klaus: Die Rechtsstellung des Nachbarn im Baurecht zugleich Besprechung zu OVG Lüneburg DÖV 62, 467 in Jus 63, 110
- Ossenbühl, Fritz: Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte - Berlin, 1965 2. Aufl.
- Peters, Hans: Der Dritte im Baurecht - DÖV 1965, 744 - 753
- : Der Dritte im Baurecht - DÖV 1968, 547 - 554
- Pfeuffer, Gerhard: Nachbareinwendungen im Baurecht - Bay Bgmstr. 1963, 284 - 285
- Pietzonka, Desiderius: Der Nachbar im Baurecht - NJW 1954, 1181 - 82

Quaritsch, Helmut: Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß -  
Verw. Arch. Bd. 51 (1960), 210 ff

Rambeck, Hans: Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß - NJW  
1961, 1333 - 1337

Redeker, Konrad: Nachbarklage - öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich?  
NJW 1959, 749 - 752

-: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 7. 11. 1961 - II Z R 47/61 -  
DVBL 62, 217 ff

-: Anmerkung zum Beschluß OVG Rheinland-Pfalz vom 26. 2. 1965 in DÖV  
1965, 678

-: Von der Nachbarklage zum Planbefolgungsanspruch (Plangewährleistungs-  
anspruch), DVBL 1968, 7 - 10

-: Sozialstaatliche Gestaltung und rechtsstaatliche Bindung - DVBL 1971,  
369 - 374

Redeker, Konrad u. von Oertzen, Hans-Joachim: Verwaltungsgerichtsordnung  
Kommentar 4. Aufl. Stuttgart / Berlin / Köln / Mainz 1971

Renck, Ludwig: Rechtsschutz bei vorläufiger Vollziehbarkeit von Verwaltungs-  
akten - NJW 68, 93 - 94

-: Die sofortige Vollziehung von Verwaltungsakten und die aufschiebende  
Wirkung von Rechtsbehelfen - DÖV 1972, 343 - 346

Reuß, Wilhelm: Wirtschaftsverwaltungsrecht I in von Brauchitsch, Verwaltungs-  
gesetze des Bundes und der Länder, 1963 Bd. VIII 1. Halbband

Rieger, Walter: Aussetzung der Vollziehung eines bereits vollzogenen Verwal-  
tungsaktes - NJW 1956, 370 - 372

Rocke, Gerd-Wilhelm: Die Legitimation zur Anfechtung von Verwaltungsakten  
Zürich 1968

Rösslein, Thomas: Der Folgenbeseitigungsanspruch - Berlin, 1968

Rohwehr - Kahlmann: Kündigungsschutz gegen Massenentlassungen - BB 1952,  
350

Rosenberg, Leo - Schwab, Karl-Heinz: Zivilprozeßrecht - 10. Auflage,  
München 1969 (zit. : Rosenberg)

- Ruckdäschel, Oskar: Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß DÖV 61, 675 - 686
- Rüber, Hans-Josef: Die Konkurrentenklage deutscher Unternehmer gegen wettbewerbsverzerrende Subventionen im gemeinsamen Markt - NJW 1971, 2097 - 2103
- Rüfner, Wolfgang: Materiellrechtliche Voraussetzungen und Grenzen des nachbarschädlichen Baudispenses - DVBL 1963, 609 ff
- Rupp, Hans-Heinrich: Grundlagen der heutigen Verwaltungsrechtslehre - Tübingen 1965 (zit. Rupp: Grundlagen)
- Sailer, Christian: Sofortige Vollziehung von Verwaltungsakten "im überwiegen- den Interesse eines Beteiligten" - Bay VwBl 1968, 86 - 89
- Sannig, Günther: Die Nachbarklage im Baurecht nach der neuesten Rechtspre- chung des BVerwG - SKV 1970, 255 - 256
- Schäfer, Walter: Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte - Marburg 1960
- : Hat die Anfechtungsklage des von einem begünstigenden VA benachtei- ligten Dritten aufschiebende Wirkung? - DVBL 1962, 844 - 850
- Schattenfroh, M.: Vorläufige Bauerlaubnis und Verwaltungsgerichtsgesetz Bay VBL 1959, 142 - 145
- Scheerbarth, Walter: Das allgemeine Bauordnungsrecht - 2. Auflage 1966 - Köln S. 314 ff
- Schenke, Wolf-Rüdiger: Gerichtliche Durchsetzbarkeit der sofortigen Vollzie- hung von Verwaltungsakten mit Drittwirkung - DÖV 1969, 332 - 341
- : Strafbarkeit der Zuwiderhandlung gegen einen sofort vollziehbaren nach- träglich aufgehobenen VA - JR 1970, 449 - 454
  - : Vorbeugende Unterlassungs- und Feststellungsklage im Verwaltungspro- zeß - AöR Bd. 95 (1970), 223 ff
- Schick, Walter: Notwendigkeit und Funktion der Begründung bei Verwaltungs- akten, Jus 71, 1 ff
- Schlichter, Otto: Klageformen bei der verwaltungsgerichtlichen Durchsetzung von Subventionsansprüchen - DVBL 1966, 738 - 742
- Schmidt, Reiner: Der Rechtsschutz des Konkurrenten im Verwaltungsprozeß - NJW 1967, 1635 - 1641

- Schneider, R.: Rechtsnorm und Individualakt im Bereiche des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes - Verw. Arch. Bd. 58 (1967), 197 f, 301 f
- Scholler, Heinrich: Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit - Schriften zur Rechtstheorie Bd. 16 - 1969 Berlin
- Scholz, Georg: "Vollziehung" eines "vollzugsunfähigen VA trotz eingetretener aufschiebender Wirkung und Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO - Schlesw. Holst. -Anz. 1963, 156 - 163
- : Die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage nach § 80 VwGO - Dissertation Kiel 1964
  - : Suspensiveffekt nach § 80 Abs. 1 VwGO bei "angemaßter Rechtsposition" DVBL 1966, 259 - 260
- Schröcker, Sebastian: Der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz, Berlin 1960
- Schrödter, Hans: Anmerkung zum Urteil BVerwG vom 24. 10. 1967 - DVBL 68, 35 f in DVBL 1968, 37 ff
- : Bundesbaugesetz - Kommentar 2. Aufl. 1969 - Berlin/Frankfurt
- Schroer, Hans Hermann: Gedanken zur öffentlich-rechtlichen Nachbarklage DÖV 1966, 228 - 232
- : Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtslage bei Verpflichtungsklagen im Baurecht - DVBL 1969, 241 - 246
- Schuegraf, Elmar: Anmerkung zum Urteil BVerwG vom 19. 9. 1969 - NJW 70, 263 in NJW 70, 581
- Schütz, Walter - Froberg, Günther: Kommentar zum Bundesbaugesetz - 3. Aufl., Neuwied/Berlin - 1970
- Schulte, Hans: Eigentum und öffentliches Interesse - Berlin 1970 - Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 125
- Schunck - de Clerck: Verwaltungsgerichtsordnung - Kommentar - 2. Aufl. 1967 Siegburg
- Schwabe, Jürgen: Nachbarschützende Baurechtsnormen und Art. 14 GG - NJW 1971, 913 - 916
- Schwarze, Jürgen: Die Klagebefugnis der Ehefrau gegen die Ausweisung ihres ausländischen Ehemannes - DÖV 1972, 273

Schweickhardt, Rolf: Der Verwaltungsakt als Anknüpfungspunkt im Verwaltungsprozeß - DÖV 1965, 795 - 804

Schweiger, Karl: Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 5. 8. 1965 - DVBL 1966, 314 - DVBL 66, 317 - 319

-- Beurteilung der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage nach der jeweils gegenwärtigen Sach- und Rechtslage? - NJW 67, 616

Sellmann, Martin: Die Entwicklung und Problematik der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage im Baurecht - DVBL 1963, 273 - 286

-- Die Problematik der VA mit Doppelwirkung - NJW 1964, 1545 - 1550

Sendler, Horst: Der Nachbarschutz im Städtebaurecht - Baurecht 1970, 4 ff und 74 ff

Sieder, Frank - Zeitler, Herbert: Wasserhaushaltsgesetz (Loseblattkommentar) - München/Berlin Stand 1967

Siegmund-Schultze, Gerhard: Die Bedeutung des Suspensiveffektes bei der Anfechtung von VA - DVBL 1963, 745 - 755

-- Die einstweilige Erlaubnis im Personenbeförderungsrecht und die Rechtsstellung vorhandener Unternehmer - DVBL 1964, 950 - 953

-- Die Bekanntgabe von VA mit mehreren Betroffenen - DVBL 1966, 247 - 250

Sievers, Rudolf: Wasserrecht in von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, 1964 Bd. VI 1. Halbband

Simon, Alfons: Baugenehmigung und sofortiger Vollzug - Bay VBL 1966, 267 - 269

Sommer, Herbert: Anordnung und Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (§ 80 Abs. 5 - Satz 1 VwGO) - Schlesw. Holst. Anz. 1970, 211 - 213

Spick, Hans: Der vorläufige Rechtsschutz bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten - Dissertation 1961 - Köln

Stange, Siegfried: Zum Aufenthaltsrecht des mit einem deutschen Ehepartner verheirateten Ausländers - ZRP 1971, 172 ff

Stein-Jonas-Pohle: Kommentar zur Zivilprozeßordnung - 19. Auflage (bearbeitet von Rudolf Pohle u. a.) - Tübingen 1972

- Stich, Rudolf: Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Verwaltungsstreitverfahren - DVBL 1956, 325 ff
- : Die Verwirkung im Verwaltungsrecht - DVBL 1959, 234
- Taegen, Erich: Die aufschiebende Wirkung bei sog. Nachbarklagen - Schlesw. Holst. Anz. 1970, 213 - 214
- Tiltag, Joachim: Die Baunachbarklage im öffentlichen Recht - Dissertation Mainz 1966
- Timmermann, Franz Hubert: Der baurechtliche Nachbarschutz - Berlin 1969 - Bd. 91 Schriftenreihe zum Öffentlichen Recht
- Tschira, Oskar - Schmitt, Walter: Die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage nach § 80 VwGO - Bay. Bgmstr. 1962, 1 ff
- von Turegg, Kurt Egon - Kraus, Erwin: Lehrbuch des Verwaltungsrechts - 4. Auflage Berlin 1962
- Ule, Carl Hermann: Verwaltungsgerichtsbarkeit in v. Brauchitsch Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. I 2. Halbb. - Köln / Berlin / München / Bonn - 2. Aufl., 1962 (zit. VwGO)
- : Verwaltungsprozeßrecht, Lehrbuch 4. Auflage 1966 München/Berlin/ (Zitiert Lehrbuch)
- Ule, Carl-Hermann - Sellmann, Klaus-Albrecht: Der maßgebliche Zeitpunkt für die Sach- und Rechtslage bei Anfechtungsklagen - Jus 1967, 308 - 312
- Weidemann, Helmut: Anmerkung zu VGH Kassel Beschl. vom 12. 7. 1966 - B IV 32/66 = NJW 66, 2183 in NJW 67, 124/25
- Weyreuter, Felix: Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung - Folgenentschädigung)? - Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, Verh. des 47. DJT Bd. I Teil B München 1968 (zit. Gutachten)
- Wieseler, Willi: Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte Schriften zum Öffentlichen Recht Bd. 54 - Berlin 1967
- Wilde, Klaus: Unterschiedliche Ansichten oberster Gerichtshöfe des Bundes zur unterlassenen notwendigen Beiladung - NJW 1972, 1262 ff
- Wilhelm, Bernhard: Aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe nur bei Zulässigkeit? - Bay VBL 1965, 199 - 202

- Winkelvoß, Reiner: Die einstweilige Anordnung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit - Schlesw. Holst. Anz. 1970, 222 - 223
- Wöckel, Heribert: Aufschiebende Wirkung unzulässiger Rechtsbehelfe nach den Verwaltungsgerichtsgesetzen? - Bay VBL 1958, 108/109
- Wolf, Manfred: Rechtliches Gehör und Beteiligung Dritter am Rechtsstreit JZ 71, 405
- Wolff, Hans: Verwaltungsrecht Bd. I 8. Aufl. München 1971  
Bd. III 3. Aufl. München 1973
- : Anmerkung zum Urteil des BVerwG Urteil vom 18. 10. 1960 - DVBL 61, 207 in DVBL 61, 209
- Zeidler, Karl: Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik mit dem Grundgesetz - Der Staat 1 (1962) S. 321 ff
- Zimmermann, Hans Werner: Anmerkung zum Urteil OVG Berlin vom 1. 12. 1970 - DVBL 1972, 42 in DVBL 1972, 43 - 45
- Zinser: Anmerkung zum Urteil des Hess. VGH vom 9. 3. 1951 - DÖV 53, 151 ff
- Zschacke, Rudolf: Suspensiveffekt des Rechtsmittels gegen einen VA zum Nachteil des Rechtsmittelführers? - NJW 1954, 1436 - 1437

### Lebenslauf

Als zweites von fünf Kindern des Diplom-Ingenieurs Hermann Buhren und seiner Ehefrau Erika geb. Schnuchel wurde ich, Gert-Dieter Buhren, am 11. September 1945 in Buddenhagen Krs. Greifswald geboren.

Nach der Übersiedlung meiner Eltern ins Ruhrgebiet besuchte ich vom Frühjahr 1952 an die Volksschule und seit Ostern 1956 das Helmholtz-Gymnasium in Dortmund.

Nach bestandenem Abitur im Jahre 1966 studierte ich in Marburg, Kiel und Münster Rechtswissenschaft.

Am 27. Juni 1970 legte ich die erste juristische Staatsprüfung bei dem Oberlandesgericht Hamm ab und trat am 1. März 1971 die Referendarzeit bei dem Landgericht Dortmund an.





